ALBERTI BOLOGNETI AD RVB. DIG. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS COMMENTARIA

IN QVIBVS PRINCIPIORVM, ac quæstionum fermè omnium, quæ ad hanc materiam pertinent, paradoxicæ explicationes continentur.

ROMÆ
Apud Hæredes Antonij Bladij Impressores Camerales.
Anno. M. D. LXX.

ARGVMENTA OMNIVM CAPITVM QVÆ IN HOC LIBRO CONTINETVR.

FINIS.

VOCVM ET SENTENTIARVM IN RBVR. DIG. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

A

in

B

C

Differentia

E

L

M

Noua-

Ordo

Pactum

Pollicita-

Q

R

S

Stipu

T

V

Verba

Vlpianum

FINIS.

ALBERTI BOLOGNETI BONON. I.C.

AD RVBR. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS COMMENTARIA.

ARGVM.

NON eſſe illorum interpretum conſilium improbandum, qui hic non tantùm obligationes tractarint ſtipulatione contractas,ſed & alias omnes, nonnullis generatim de ijs propoſitis quæſtionibus,complexi fuerint.

1 Earum rerum vtilitas, quæ in hac rubrica tractantur.
2 Obligationum ſeries quàm late pateat.
3 Obligationum principia ex intimis naturæ quaſi latebris depromenda.
4 Aliorum interpretũ qui in hanc rub. ſeri pſere,vt ſententiæ non prorſus videntur recipiendæ, ita nec rerum tractandarum ratio planè imitanda.

CAPVT. I.

TAMETSI Rubricæ huius inſcriptio, quam nobis explicare propoſitum eſt, nihil aliud videtur poſtulare, quàm vt de obligationibus illis ſermo inſtituatur,quæ adhibita verborum ſolemnitate contrahuntur, qui tamen hucuſq; aliquanto accuratius illam interpretati ſunt,recentioreſq; præſertim nequaq̃ ſeſe intra hos limites cõtinuerunt, ſed omnes planè complexi obligationes,atq; hanc denſiſſimam quaſi ſyluam penitus ingreſſi,ex ijs omnibus quęcunq; à Iuſtiniano, veteribuſq; Iuriſconſultis in eam ipſam congeſta fuere,pulcherrima quæq;, ac difficillima delegerunt, eaq; tanto apparatu ſibi ſtatuerunt explicanda,vt qui omne ſtudium ſuum in iure diſcendo collocarunt, ſi vel
1 ea tantùm, quæ in hac vna rubrica tractantur, iam perceperint, penituſq; enodauerint,verè ſe illi totius ſuſceptæ prouinciæ magnam partem confeciſſe exiſtimare debeant. Quemadmodum & contra certum illis,ac perſuaſum eſſe debet ita fore,vt ſi fortaſſe his ex rebus,quibus obligationum præcepta,ac regulæ continentur,aliquid ignorarint, aut in ijs à veritatis ſemita, vel tantillum, declinauerint, tum quanto longius progrediantur, tanto maiores, ac magis inexplicabiles incidant in errores, quibus quaſi Mæandris quibuſdam, ac viarum ambagibus implicati, ſemper confuſi, & in certi hæſitabunt, ac neq; in his ipſis, neq; alijs etiam in rebus,quæ modò legum explicationem attingant,ſatis commodè vnq̃ ad ueritatis lucem peruenire poterunt. Nec ſanè eſt,quod mirum hoc cuiq̃ videri debeat, ſiquidem obligationum ſeries latiſſimè
2 patet, & non ad ſolos contractus pertinet, ſed & ad vltimas voluntates, ad iudicia, ad actiones, ad præſcriptiones, & deniq; quocunq; animum,& cogitationem conuerteris, ibi ſemper obligationem tibi occurrere videbis. Quicquid enim cum quoppiam agas ſiue per te, ſiue per alium, ſiue iure, ſiue iniuria, quicquid in controuerſiã reuoces, (quod modò à legibus, foriq; diſceptatione nõ ſit alienum) in eo ferè ſemper de obligationibus diſputare, earumq; vim expendere cõtinget, vt illud propemodũ affirmari

possit, legis nomen non latius patere, quàm obligationis, cuius vim, & naturam omnem qui penitus non tenuerit, quantum illi in hac iurisscientia sit tribuendum, ex hoc ipso tàm clarum, ac perspicuum fit, vt id à nobis latius demonstrari minime oporteat. Ego certè aliorum interpretum institutum, qui hic non speciatim obligationes tantùm stipulatione contractas, sed generatim alias quoq; omnes interpretatione complecti voluerint, nõ possum nõ summopere approbare, idq; nõ ea tantũ de causa, quod ita cõparatum sit, vt genere ipso non planè cognito, atq; perspecto, neq; eas quę generi subijciuntur species, satis rectè cognoscere valeamus, sed etiam quia id commodissimũ fuisse video, vt obligationũ vires, principia, & progressiones, & deniq; omnia, quæ in hac to
3 ta materia obligationũ insigniora erant, atq; ex intimis naturæ nostræ quasi latebris de prompta, quæ nobis Iustinianus varijs in titulis dispersa reliquerat, colligerẽtur in vnũ, ac velut pretiosissimarum rerum thesauri hoc vno rubricæ libello conderentur. Verùm vti eorum institutum maxime probo, ita quam ipsi seruarunt in his rebus tractandis rationem, & modum non prorsus probare possum; Vt enim omittam, quas in dirimẽdis quæstionibus afferant sententias, quàm absurdas illas, atq; à veritatis scopo (nisi ego
4 fallor) alienas, quis non videat hæc ab illis ità tractari, vt nec caput, nec pedes, aliaue mẽbra certæ alicui formæ reddãtur? Nã quæ primo initio debuerant explicari, totamq; facilè materiã illustrare potuissent, ea illi vel prorsus omittunt, vel alienũ in locũ reiecta planè contemnunt. Multa etiã sæpe ponunt, quæ partim falsa sunt, partim ita dubia, vt accuratam, ac diligentem probationem desiderassent. Contra verò multa sunt inania, ac nullius ferè momenti, quæ tamen eos mirum in modum torquent, & excruciant, diutissimèq; detinent, dum illis in explicandis miserè insudant, perq; summam pertinaciam inter se rixantur, atq; contendunt. Itaq; nos anteaq̃ ad verborum obligationes deueniamus, de obligationibus generatim, atq; in vniuersum ita agemus, vt quo nomine alios damnamus, eodem nos ipsi reprehendi non possimus.

ARGV.

Latissimè quidem obligationis nomen patere, verùm in hac materia eas tantùm à Iurisconsultis appellari obligationes, quæ vel ex delictis, vel ex conuentionibus proficiscuntur.

1 Latissimè sumitur obligatio pro eo vinculo, quod ex quocunq; præcepto oritur, seu ciuili seu naturali.
2 Præcepti, ac prohibitionis eadẽ propè vis.
3 Obligationem in latissima significatione sumptam nec definiendo, nec diuidendo Iustinianus complexus est.
4 Obligationis latissimè sumptæ diuisiones
5 Cuiusmodi obligationes sint, quas dicit Aristoteles in virtutis, ac malitiæ exuperantia esse positas.
6 Ad vniuersalem potius, quã ad particularem iustitiam pertinere eas obligationes, quæ a sola natura absq; vllius facti nostri adminiculo prodeunt.
7 Earum obligationum, quę ex nostris actionibus prodeunt, duo genera.
8 In obligatione, quam vocãt antidoralem, nõ solius iustitiæ particularis, sed & aliarum virtutum nos præsidio vti.
9 Minutij in Fabiũ dictatorem grati animi significatio.
10 Nobilis Darij remuneratio, ob quam ferunt Sylosontis clamydem antiquo prouerbio celebratam.
11 Quæ à Iurisconsultis in hac materia tractantur obligationes, particularis iustitiæ limites non egrediuntur.

12 Distributiuæ iustitiæ munus.
13 Proportione geometrica dirigitur iustum distributiuum,& quo modo illa accipiẽda sit.
14 Habet & iustum distributiuum suas obligationes, sed an illæ ad propositam nobis tractationem quicquam pertineant.
15 Solæ obligationes quæ ad iustum commutatiuum spectāt,huius tractationis propriæ sunt.
16 Nō geometrica,sed arithmetrica proportio in iusto commutatiuo seruanda, & quæ nam illa sit.
17 Definitio, itemq; diuisio obligationum à Iustiniano tradita quasnam obligationes complectatur.
18 Quo possimus vocabulo actiones omnes, ex quibus iusti commutatiui obligationes prodeunt,generatim complecti.
19 Quidnam illud sit,quod præ cęteris omnibus in hac materia tùm antiquis iurisconsultis, tùm etiam nostris expositoribus negotium facesserit.
20 Quomodo à nostris appellentur qui ab Aristotele contractus vel volūtarij,vel inuoluntarii dicuntur.
21 Cum Aristotele in hac materia Iustiniani traditiones conueniunt.

CAP. II.

PRINCIPIÒ autem videndum est cum dicimus obligationem, quidnam hoc ipso nomine significemus.Solet accipi hoc nomẽ in latissima quadam significa-
1 tione, vt obligatio sit,quæ ex quocunq; seu ciuili, seu naturali præcepto proficiscitur, & hoc modo obligatio etiam erit, quod Deum colère debeamus,quod ferre auxilium patriæ, quod parentibus honorem habere, ad hęc enim omnia, quæ nobis na-
2 tura præcipit, natura ipsa obligamur. Quod de pręcepto dicimus de prohibitione quoq; affirmādum est, si quidem subiecto conueniunt præceptū, & prohibitio, quamuis ratione differant,quoties enim pręcipitur aliquid,eius semper contrarium prohibetur,item quoties aliquid interdicitur, ab eo ipso vt abstineamus nobis simul imperatur. Quare solum erit ius quod in permissione positum est, in quo obligationem non reperias. Verùm nec Iustinianus, neq; alij vlli iurisconsulti in tota obligationū materia
3 hoc modo obligationẽ accipiunt.Nec sanè huic tā latę significationi cōuenit definitio quā Iustinianus tradit inst. de obligat. in princ. cū dicit obligationẽ esse iuris uinculū, quo necessitate ad stringimur alicuius soluendæ rei, non enim quodcunq; iuris præceptum ad rem aliquam soluendam nos adstringit. Aduersatur etiam diuisio obligationum quam tradit idem Iustinianus eodem tit. in. §. sequens, quoniam multa iuris præcepta sunt, vt quę proximè commemorauimus, quę neque ex contractu, vel quasi contractu, neque ex delicto, vel quasi delicto proficiscuntur. Vt autem penitus aperiamus quomodo à nobis in præsentia obligationes accipiendæ sint, nihil rectius facturi videmur, quàm vt obligationes ipsas sumptas in latissima hac significatione iu certas
4 species diuidamus, itemq; subdiuidamus, donec tandem perueniamus ad eas, de quibus iurisconsulti in hoc titulo, atq; in hac tota materia loquuntur. Obligationes ergo omnes (si ad quodcunq; præceptum obligationis nomen referamus) bifariam diuidi possunt: quædam enim sunt, quę absq; vllo nostro facto à sola natura prodeunt, vt colere Deum,cum alijs eiusdem generis, quibus ita nos natura obstringit, vt sine maximo scelere violari non possint;quamq ex ijs obligationibus,quæ sine nostro facto inducun
5 tur,nonnullæ etiā sunt in quibus natura nō tam præcipit,quàm hortatur ac monet, vt quod amicis opitulari debeamus, quodipsum in quadam virtutis, & malitiæ exuperantia consistit: sic enim dicit Aristo. lib. pri. Ethic. καθ' ὑπερβολὴν ἀρετῆς καὶ κακίας; nam & qui hoc facit, vulgaribus hominibus virtute antecellit, & qui omittit, non

icciteo malus habendus est, nisi ex quadam malitiæ exuperantia, cum scilicet mi-
nima quæq; peccata malitiæ adscribimus. At nos in præsentia hasce obligationes,
quæ in virturis ac malitię exuperantia positę sunt, soloq; a pudore, ac verecundia
ducuntur, non distinguimus ab alijs, quibus salua honestatis ratione aduersari non pos
sumus (nihil enim ad id quod quęrimus hæc distinctio pertinet,) sed omnes obligatio-
nes, quę sine vllo hominum facto inducuntur, vni tantum membro tribuimus. Spectãt
6 verò planè omnes ad iustitiam illam vniuersalem, quę virtutes omnes in se complecti-
tur, de qua nos eo libro locuti sumus, quem de lege, iureq;, & æquitate inscripsimus,
siquidem non recte patriæ in bellis, alijsq; publicis necessitatibus opem ferre poterit,
nec parentibus debitum obsequium præstare, aut amicis opitulari, qui solam particu-
larem iustitiam fuerit assequutus, ac non alijs quoque virtutibus instructus erit. Has
obligationes nos hoc tempore missas facimus, de his enim non loquuntur Iuriscon-
sulti in hac materia obligationum, quod eo argumento satis demonstratur, quoniam
Iustinianus (vt proximè ostendimus) nec definiendo, nec diuidendo eas ipsas comple
xus est. Quędam pręterea sunt obligationes, quæ ab hominum factis, atq; operationi
7 bus prodeunr: & harum rursus duo genera sunt, unum earum, quę ad vniuersalem
iustitiam referuntur, alterum earum quæ proprię sunt iustitię particularis. Prioris ge-
neris exemplum sumi potest ex l. sed & si lege §. cõsuluit ff. de petit. hæred. dum ibi ait
Vlp. eos qui dono aliquid acceperunt ad remunerandũ obligari. Hęc enim obligatio
ad remunerandum quam vulgò antidoralem dicunt, non a sola natura inducitur, sed
oritur ex beneficijs acceptis, neque verò ad solam Iustitiam particularem spectat, sed ad
8 liberalitatem, & ad alias quoque virtutes. Ita fit vt varijs virtutibus te prędìtum osten-
das eoipso, quod amicis te gratum, & officiosum prębes, cuius rei exempla in promptu
sunt. Insignis illa fuit grati animi significatio, quam Minutius olim magister equitum
9 Fabio Dictatori dedit, qui cum ipsi dictatori ex Plebiscito esset ęquatus, ac parem exer
citus partẽ accepisset, posteaq̃ vidit in eo certamine, quod ipse iuuenili impetu ductus
temerè cũ Annibale iniuerat, solius dictatoris Fabij beneficio se cũ illis omnibus fuis-
se seruatum, vltro ad illum accessit cum ea exercitus parte, quę sibi commissa erat, ac
patrem eum salutans æquale illico imperium deposuit, illique penitus se subiecit, vt au
thor est Liuius lib. 22. Si solam Iustitiam particularẽ, quæ ius suum cuiq; tribuit, spectas-
set Minutius, non eo certe imperio se priuasset. Quare temperantię, ac moderationis
illud fuit, vt remunerandi beneficij causa id faceret, quod sine vlla iniustitię, turpitudi-
10 nis uè nota omittere potuisset. Plurimum etiam commendatur nobilis illa Darii remu-
neratio, qui(vt testis est Herodotus libro tertio) pro vili chlamyde, qua à Sylosonte Sa-
mio erat donatus, cum adhùc priuatæ fortunæ esset, regno postea potitus totam urbẽ,
& insulam Samiorum ipsi fruendam tradidit, vnde factum est prouerbium ἐσυλόσοντος
χλαμύς. Non id certe potest particulari iustitię assignari, ea enim in suis commercijs
tam inæquales permutationes non nouit, sed eximię tantum beneficentię, ac libera
litati tribuendum est. Sicq; in referenda gratia videmus & temperantia, animiq; mode
ratione, & liberalitate opus esse. Fortitudine etiam nonnunquam opus est, est enim
interdum cum pro amicis subeunda sint pericula, quę rogatos nos detrectasse tàm tur-
pe est, quàm decorũ vltrò nosmetipsos ijs obtulisse. Quare nemo Pyladis uirtutem, ani-
miq; pręstantiam non maximè in eo admiratur, quod in Orestis accusatione persuade-
re conaretur se Orestem esse, vt pro illo traheretur ad supplicium, ille verò periculo libe

ratus

ratus vita tutus frueretur. Itaq; hęc obligatio quæ ad beneficiorum remunerationem spectat, cum hominum factis inducatur, in hoc quidem differt à superioribus illis obligationibus, quas sola natura consistere diximus; at in eo postea cum illis planè conuenit, quod ipsa quoq; particularis iustitiæ limites egreditur, & ad alias quoque virtutes extenditur, vt satis hucusq; demonstratum est. Alterum genus illarum obligationum, quæ ab hominū actionibus proficiscuntur, proprium est (vt diximus) iustitiæ particula
11 ris. Huius autem generis sunt obligationes, de quibus Iurisconsulti loquuntur in hoc titulo nostro, atque in hac tota obligationum materia, etenim illæ eò semper diriguntur, vt ius suum cuiq; tribuatur. Quoniam verò non omnes quæ ad particularem iustitiam spectant obligationes à nostris Iurisconsultis in hac materia cōsiderantur, scien
12 dum postremò est huius iustitiæ particularis duas esse species. Harum altera consistit in distributione rerum inter eos diuidendarum, qui eiusdēm communionis, ciuilisq; societatis participes sunt, sæpe enim publicæ pecunię inter ciues diuiduntur, sæpe decernuntur honores iis qui bene de Rep. meriti sunt, id quod a Romanis præsertim seruatum fuisse accepimus, apud quos statuæ vel equestres, vel pedestres, tùm in foro, tū in rostris optimis ciuibus statuebantur. Solebant pariter Romani Imperatores torquibus, armillis, coronisq; etiā varijs, nimirū ciuibus, obsidionalibus, muralibus fortissimorum militum virtutem decorare. Altera iustitiæ particularis species in cōmercijs hominum emendandis versatur, hoc est in pactorum rerumq; contractarum fide. Ad Ciuilem quidem vtraq; societatem, & ad tuendam humani generis communionem pertinet, sed illa distribuendi, hęc verò emendandi causa potius vsurpatur; et in eo præterea differunt, quia non eadem in distribuēdo, atq; in emendando proportionis ratio seruatur.
13 Iustum distributiuum (vt docet Aristoteles) dirigitur proportione geometrica, quæ verè, & propriè proportio est. Est autem proportio geometrica cùm termini, qui proponuntur qualitate tantùm, sed non quantitate conueniunt, atq; ita collocantur, vt sicut primus medio aut sequenti, ita medius aut sequens vltimo qualitate respondeat. Itaq; cum eandem rationem habeat priuatus ad regem, quam patrimonium ad regnū, quoties gratia exempli honores illis decernentur, qui æqualiter de imperio Romano meriti fuerint, iustum erit priuato patrimonium, regi autem regnum dari, sicut Attalo olim dedit Pop. Romanus, vt est apud Liuium lib. 58. Quod si loquamur de publicis pecunijs inter ciues diuidēdis, ęquum erit illi qui per quadriennium abfuerit Reipub. causa dari ducenta, ei verò qui abfuerit vno anno tantum dari quinquaginta, quoniam ita se habet spatium vnius anni ad quadriennium, sicut ad ducenta habent se quinquaginta, quamuis non eodem numero quattuor excedant vnum, quo quinquaginta excedunt ducenta, siquidem (vt dictum est) in geometrica proportione æqualitatem non quantitate, sed sola qualitate metimur. Non negauerim ego quin habeat
14 hoc iustum distributiuum suas obligationes, qui enim ad Rerum pub. sedent guberna cula, ad hoc ipsum tenentur, ne cui plus, ne ve cui minus soluant, sed cuiq; pro personarum, rerumq; ratione, ac dignitate. Attamen nunquam reperiemus eiuscemodi obligationes in hac materia fuisse à nostris iurisconsultis consideratas. Restat ergo, vt considerauerint ipsi obligationes quatenus spectant ad iustum commutatiuum, quod (vt dictum est) in hominum commercijs versatur. Hoc vero iustum commutatiuum non dirigitur proportione illa geometrica, de qua proxime loquuti sumus, neque enim in eo vlla personarum habetur ratio, nec quicquam refert (vt ait Aristoteles) vir bonus prauo

aliquid

aliquid detraxerit,an prauus bono,sed arithmetica tãtum proportio hîc spectatur,quę solius quantitatis exigit æqualitatẽ,exigit enim ita terminos statui,vt differentia,qua alter alterum excedit,quantitate eadem sit,licet qualitate nõ conueniat. Nihil enim aliud agit Iudex,quàm vt damnum quod datum est, ita emendet,vt ad quantitatis æqualitatem illud redigat, quod quo pacto faciendum sit, explicat Aristoteles libro v. Eth. cum de iusto commutatiuo loquitur. Iam tandem igitur ad eum campum deuenimus, in quo latè toto hoc anno spatiari nos oportet,quæcunq; enim ad iustum commutatiuum referuntur obligationes huius nostri tituli, atq; adeò etiam totius materiæ obli
17 gationum propriæ sunt. De his Iustinianus intellexit,cum dixit obligationẽ esse iuris vinculum,quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei, nulla enim in commercijs, & commutationibus hominum contrahitur obligatio,quę non rei alicuius solutionem contineat. His obligationibus maxime etiam conuenit eiusdem Iustiniani diuisio,cum dicit alias obligationes oriri ex contractu, vel quasi contractu, alias ex delicto vel quasi
18 delicto,his enim quattuor terminis rectè cõprehenduntur omnia hominũ facta (græcè συναλλάγματα dicũtur)quibus Aristoteles & conuentiones, & delicta,& commutationes deniq; omnes,atq; hominũ commercia contineri statuit.Paulus quoq; generali nomine contractus appellat in l.omnẽ ff. de iud. dum ait obligationem omnem pro contractu habendam existimandum esse , vt vbicunq; aliquis obligetur, & contrahi videatur. Verùm hæc facta quamplurima sunt, & maxime inter se varia, multaq; sæpe contingunt, in quibus meritò dubitetur, vtrum adsit, vel quomodo adsit obligatio, atq; id
19 ipsum pręsertim est, quod hanc obligationum materiam difficilem reddit, laborantq; in hoc plurimum cùm iurisconsulti omnes in hac tota obligationum tractatione,tùm maximè nostri interpretes in hac rubrica,vbi multas hac ipsa de re excitant quæstiones. Nos igitur vt accuratè,ac certo ordine hęc omnia explicaremus,necessarium esse existimauimus hęc ipsa facta,ex quibus prodeũt obligationes (siue cõmercia illa,siue cũ Aristotele,& Paulo contractus appellemus) in certa genera distinguere, atq; in singulis generibus obligationũ vim,& naturã sigillatim expendere. Aristoteles eodẽ illo in loco cõtractus generatim sumptos diuidit in hũc modũ : quosdã dicit cõtractus esse,qui inter volentes fiunt,alios verò qui eorũ cũ quibus fiũt volũtati aduersantur: cõtractus voluntarij sunt,vt emptio, venditio,locatio,cõductio,mutuũ,depositũ, & alij omnes, qui initio cũ celebrãtur ab vtriusq; partis libera volũtate proficiscuntur,licet postea necessitatẽ
20 afferant iuxta l. sicut initio. de act.& obligat. Atque hos omnes Vlp. generali nomine conuentiones appellat l. 1. & l. conuentionum ff. de pactis. Inuoluntarij contractus rursus diuidũtur, nam horum quidam sunt clandestini,cuiusmodi sunt furta,seruorum seductiones , adulteria , ueneficia , lenocinia , falsæ testationes, & si quæ alia sunt eiusmodi delicta, quę non aperta ui , sed dolo, & clanculùm committuntur : quidam verò violenti sunt, in quibus verbera,mors, vincula, rapinę, conuitia, contumelię, aliaq; eiusmodi delicta numerantur. Sic ad contractus inuoluntarios tàm clandesti-
21 nos, quàm violentos omnia quę nos dicimus delicta Aristoteles retulit. Ab hac non abhorret Iustiniani sententia,qui cum ab his ipsis factis,quæ obligationum causę immediatæ sunt,ipsarũ obligationũ diuisionẽ assumit, à voluntarijs cõtractibus, & quasi contractibus delicta seiungit, item quasi delicta, quæ nos in præsentia à delictis, quia id necesse nõ est,nõ distinguimus.Hãc ergo diuisionẽ sequuti seorsum cũ delictorũ,tũ etiã cõuentionum,quas Aristoteles cõtractus volũtarios appellat, obligationes cõsiderabimus.

ARGV.

ARGV.

VT de obligationibus delictorum prius agatur, quæ breuiori tractatione absolui possunt, videndum ante omnia, in ijs delictis, quorum pœnę damnum datum resarciunt, partiq; applicantur, nunquid ex consensu (vt receptior est opinio) vel qua nam alia ratione illi qui delinquunt, obligentur.

1 Duo pœnarum genera, de quibus singulis sigillatim agendum.
2 Ad pœnas quæ damnum datũ resarciũt, naturaliter nos obligari, nemo non concedit.
3 Ex consensu delinquentem obligari, quã uis non ab omnibus, frequentius tamẽ receptum est.
4 Doctorum sententiæ improbantur.
5 Communis inductio l. 1. §. Ad Bestias ff. de postul.
6 Vera eiusdem legis declaratio.
7 Baldi responsio ad eam legem nec vera nec necessaria.
8 Quomodo accipienda l. Imperatores ff. de iure fisci, aliæq; leges, quę delinquẽti pœnæ causam adscribunt.
9 Cur non possint dici delinquentes pœnæ consentire.
10 Ignoranti quoque pœna interdum irrogatur.
11 Ne in scelus quidem ipsum consentire eũ qui delinquit, cũ Arist. tum etiã D. Augustini sententiæ cõsentaneum est.
12 Quod de ficto delinquentis consensu Fortunius cõminiscitur, planè reiiciẽdum.
13 Possit nè publicæ vtilitatis ratio, quæ suadet delicta puniri, quemquã obligare, vt damnum datum resarciat.
14 Sit ne hac in re consideranda ęquitas, qua iubemur patriæ, & maioribus parere.
15 Vera naturalis obligationis causa in delictis de quibus hic agitur.
16 Naturæ æqualitas, ex qua iustum emendatiuum.
17 Inæqualitatem faciunt delicta, vel si pecunias, opes uè non attingant.
18 Actio iniuriarum ex æquo, & bono quomodo oriatur.
19 Est interdum cum inæqualitatem emendare Iudici non facile sit.
20 In pœna iniuriarum à legislatoribus variatum.
21 Tallionis pœna.
22 Vel si in pœna iniuriarum ratio personarum habeatur, à iusto tamen cõmutatiuo, proportioneq; arithmetica non recceditur.
23 Et lucrum, & damnum rectè dicuntur etiã vbi pecuniis, opibus uè non agatur.
24 Quatenus pœnæ damni dati æstimationẽ excedunt, vti non naturaliter, ita nec in foro conscientię nos ad eas obligari.

CAP. III.

DE delictis verò prius agemus; quia quæ de ipsis diceda sunt, paucis absolui possunt, conuentionum uerò materia longiorem tractatum habet. Qua ratione etiam Barth. Soci. anteaquam ad conuentiones deueniat, explicat nobis duobus verbis circa principium huius rubricæ, quid de obligationibus delictorum sentiat, eiusq; vestigia mox recentiores sequuti, fusius examinant eam quęstionẽ, quo modo quis ad pœnam in delictis obligetur. In qua quæstione, nè forte nostrorum confusio aliquam nobis afferat obscuritatem, distinctè loquemur primò de pœnis, quæ
1 damnum datum resarciũt, ac mox de illis, quæ publicæ utilitatis gratia grauioribus delictis irrogantur, atq; in vtrisq; referemus & quid frequentius senserint nostri Interpretes, & quid nos concludendum existimemus. Quod attinet ad pœnas, quæ damnum datum resarciunt, & quæ parti applicandæ sunt, concludunt omnes, nemine planè excepto, eum qui delinquit non tantùm ciuiliter, sed etiam naturaliter ad pœ-
2 nam soluendam obligari, partim enim de omnibus pœnis generaliter hoc affirmant, partim

partim etiam, vt Fulgosius, & nonnulli alii, in his ipsis tantùm hoc admittunt, quemadmodum postea videbimus. Sic qui quantum ad has pœnas, de quibus in præsentia loquimur, negent naturalem ex delictis oriri obligationem, prorsus neminem reperio. Ideoq; nihil est quod has opiniones in præsentia separemus. In hac ergo sententia, ut naturaliter, & ciuiliter is qui delinquit ad eiusmodi pœnam obligetur, fuerunt Accursius, Angelus, & Castrensis in l. 1. §. Bestias. ff. de post. Innoc. in c. In nostra extra de iureiur. Bart. & alij in l. ex hoc iure in penultima col. ff. de iust. & iur. Ioãnes Faber. in §. si quis in fraudem Iust. de actionibus. Hi uerò omnes existimant hanc naturalem obligationem oriri propter consensum delinquentis, sic enim ipsi aiunt, videri eum qui delinquit cum lege pacisci, vt meritæ subiiciatur pœnæ, si fortè deprehẽdatur, & conuincatur deliquisse. Verùm uti in hoc omnes consentiunt (quemadmodum diximus) delinquentem etiam naturaliter obligari, ita in eo quod concluditur hanc naturalem obligationem ex consensu delinquentis proficisci, plerique sunt, qui ab hac
3 communi opinione dissentiant. Dissentit Baldus inter alios in d. l. 1. §. Bestias. ff. de postu. & ibidem etiam Fulgosius in. §. Remouet, qui fatentur quidem delinquentes naturaliter ad pœnam obligari per l. rerum quidem. ff. Rer. amot. sed negant eum qui delinquit ita in pœnam consentire videri, vt ex illo consensu prodire naturalis obligatio possit. Existimant verò hanc naturalem obligationem manare ab illa ęquitate, quę exigit, vt delicta puniantur iuxta l. Bona fides. ff. deposit l. si quis a reo §. illud quod vulgò. ff. de fideiuss. l. ita vulneratus. ff. ad l. aquil. & hanc sententiam contra communem non dubitanter sequitur hìc Barth. Socinus numero 4. in fine.
4 Ego vtramque opinionem existimo falsam esse. Et quod attinet ad primam, uidetur mihi tàm perspicuum esse obligationem ad pœnam non oriri ex consensu delinquentis, vt hoc rationibus ostendere nihil aliud sit, quàm solem facibus illustrare, satisq; hoc argumenti est ad communem hanc sententiam refellendam, quod quę pro ipsa adducuntur, friuola omnia sunt, ac nullius planè momenti. Ad duo autem potissimum uidentur mihi ea redigi posse, quamuis plæraq; passim afferantur.
5 Primum desumitur ex illa ipsa l. 1. §. Bestias ff. de postul. quo loci Vlp. ait eo. S. Cõsulto quo tanq̃ infames prohibentur, qui cũ bestijs pugnarunt, etiã apud pedaneos Iudices postulare, illos tantùm teneri, qui operas suas locarunt, vt cũ bestijs pugnarent, non qui virtutis gratia pugnarunt, quos non teneri ex veterum sententia concludit, postea ab hoc numero illos excipit, qui in arena passi sunt se onerari, eos enim (inquit) puto notam non euadere. Accursius ibi intelligit eos in arena onerari, qui condemnati sunt, vt cum bestijs pugnarent, aitq; huic expositioni nihil illud obstare, quod dicatur, passi sunt, quasi sponte patiantur, nam respondit eos initio cum maleficium committunt, videri velle pati se postea in arenam damnati, ideoq; cum lege quodamo
6 do pacisci, quemadmodũ & alij postea interpretati sunt. Fluxit hic error proculdubio à corrupto codice, in quo legebatur, passi sunt se onerari, sed in pandectis florentinis, ac passim etiam in communioribus codicibus legitur, honorari, & hoc modo sensus Vlpiani expeditissimus est, nam qui in arena se honorari passi sunt, videntur ex ea relucrum facere voluisse, cum rectè authore Aristotele honor, lucro, infamia verò damno comparetur. Quare qui in arena passi sunt se honorari, non longe ab ijs absunt, qui pugnarunt lucri causa, quiq; ad eam operas suas locarunt, ideoq; notam euadere non debẽt At vel si legeremus onerari, ac cum Accursio de ijs intelligeremus, qui passi sunt eius

pœnæ

pœnæ onere ſe grauari; non tamen rectè inde colligere poſſemu s, ita conſentire delin quentē, vt ex eo cōſenſu naturalis obligatio oriri queat. Aliunde enim prouenit, quod te illi pœnę deſtinat, atque idipſum potius patientiæ tuæ cauſam præbet, quam ab ip-
7 ſa patientia hoc, quicquid eſt, obligationis proficiſcatur. Reſpondet ibi Bald. alio mo do, aitq; eſſe illum conſenſum vnius tantum, ex quo naturalis obligatio oriri non poteſt. Sed hęc reſponſio cum falſa, & friuola eſt, tum certè minimè neceſſaria, cum ſatis iā fuerit demonſtratum, legē illam ad id quod quęrimus, nihil pertinere. Secundum argu mentum huius opinionis ſumitur ab illis legibus, in quibus delinquenti pœnæ cauſam
8 Iuriſconſulti adſcribunt, vt Macer in l. Imperatores. ff. de iure fiſci, vbi loquitur de eo qui ob delatorem pecunia corruptum pœnæ nomine quingentos ſolidos fiſco inferre iubetur, & Seueri reſcriptum recitat in hęc verba. Tu qui omiſſa defenſione ſententiam " maluiſti redimere, huic te pœnę ſubiecisti. Huc etiam ſpectat, quod tradit Iuſtinianus " in. §. quia verò Leonis 2. autē. de non alien. rebus eccleſ. eos qui emunt res eccleſiæ periculi, & pœnarum amatores eſſe. Facit inſuper. l. vlt. C. de coll. fund. patr. & emphyt. lib. xij. vbi Arcadius hac comminatione à Iudicibus eam legem ſeruari præ cipit. Niſi maluerint (inquit) grauiſſima ſeueritate eorum licentiam coerceri; Ex qui- " bus legibus, & ſi quæ alię ſimiles ſunt, quę voluntati delinquentium pœnæ occaſionē tribuant, colligunt paſſim noſtri interpretes eum qui delinquit, in pœnam conſentire. Sed hoc perquàm alienum, ne dicam ſtultum, eſt, Quis enim non intelligit vulgatiſſimum hunc eſſe loquendi modum, vt quoties quis condignas ſceleribus pœnas patitur, ſic illi admiſſum facinus exprobrare ſoleamus. Hoc tu ipſe affectaſti malum, hanc tibi ipſi ſollicitudinem, & miſeriam ſtruxiſti. Quod ſi veritatem ſpectemus, non modò nullus conſentit, nullusque pœnæ amator eſt, ſed ne quidem delictum ipſum quiſquam
9 appetit, animique ſtudio amplectitur. De pœna hoc perſpicuum eſt, nam præterquam quod apertiſſime hoc docemur experientia, clariſſimis etiam rationibus idipſum demonſtratur. Primò enim pœna malum quoddam eſt, vt nemo inficiabitur. Ita verò natura comparatum eſt, vt quemadmodum omnia bonum appetunt, ita malum fugiāt, ac deteſtentur. Deinde clarum eſt non poſſe nos nec velle, nec amare id quod igno
10 ramus. At ignoranti quoque pœna interdum irrogatur, vt ex ſententia Auguſtini tradit Gratianus in c. 1. xv. q. 1. Vnde & Papin. in l. 1. ff. de legi. dixit legem eſſe delictorum quæ ſponte vel ignorantia fiunt coercitionem. Quod verò ne in ſcelus quidem
11 ipſum conſentiant ij qui ſceleſte aliquid faciunt, ex ijs intelligi poteſt, quæ diximus in libro de lege, iure, & æquitate, in illa quęſtione, vtrum improbis quoque, ac ſceleſtis hominibus lex naturalis inſit, an verò ipſi ignorantes delinquāt. Siquidē ex Ariſtotelis ſententia ibi concluſimus eos qui cupiditate aliqua ita obſeſſi ſunt, vt iā non amplius ratione, & conſilio reluctari poſſint, verè ignaros dici poſſe, ideoque imprudentes delinquere, ac rectè (id quod ipſe Ariſtoteles facit) ebriis comparari poſſe, qui Empedoclis carmina memoriter referunt, eorum tamen vim, atque ſententiam haud prorſus tenent. Quo fit, vt verus tunc ijs conſenſus eſſe non poſſit, ar. l. Nihil conſenſui. §. Non videtur. ff. de reg. iu. Præterea vel ſi maximè conſentire, ac velle eos concedamus, hęc tamen voluntas non ad eum finem ſpectat, vt deliquere velint, neque id ſibi proponunt qui delinquunt, ſed ad eum vtilitatis, vel iucunditatis fructum feruntur, quem inde ſe conſequuturos confidunt

" quod ex Augustino rectè ostendit Gratianus in c. meritò xv. quæst. 1. Nam si " diligenter (inquit) inspiciamus forte ipsum peccare nemo velit, sed propter aliud " quod vult peccat, omnes quippe homines, qui scientes faciunt quod non licet vel- " lent licere facere, vsqueadeò ipsum peccare nemo appetit propter hoc ipsum, sed propter illud quod ex eo consequitur. Sic iam sublata sunt argumenta communis opinionis, ac demonstratum fuit delinquentis consensum aut nullum esse, aut certè non eiusmodi, vt ex eo obligatio ad pœnam oriri possit. Nec me quicquã mouebit, si dicatur 12
(id quod nonnulli dixerunt, refertq; Fortun. Garzia in l. legitima nu. 66. ff. de pactis) quamuis non verum, tamen fictum hîc consensum adesse; primò enim negabo rationem subesse vllam, cur consensus fingatur; præterea vel si daremus à lege hanc fictionem (licet absque vlla ratione) induci, non tamen admitterem ex tali fictione naturalem obligationem oriri posse. Secunda (vt vidimus) erat opinio Baldi, Fulgosij, & Socini, qui putarunt in delictis obligationem naturalem proficisci ex il- 13
la naturali æquitate, ac publicæ vtilitatis ratione, quæ non patitur, vt delicta remaneant impunita, l. ita vulneratus. ff. ad l. aqui. l. Bona fides. ff. depositi l. si à reo. §. illud quod vulgò. ff. de fideiuss. At neque etiam hæc sententia mihi satis arridet, tùm quia naturalis æquitas, quæ publicæ vtilitatis gratia vult delicta puniri, non potest delinquentem obligare, vt plenissimè infra ostendemus, tum etiam quia illa pertinet ad eas pœnas, quæ ob publicam vtilitatem irrogantur, non ad eas quę damnum datum resarciunt, de quibus solis nos in pręsentia loquimur. Vnde ergo manat hæc naturalis obligatio, quam hîc quoque adesse fatemur? Sunt qui eius origi- 14
nem tribuant illi naturali æquitati, qua iubemur parere maioribus, ac patrijs legibus obtemperare; At nos in eo libro, quem scripsimus de lege, iure, & æquitate, qui omnino antea videndus est, cum in eo multa tradantur, quæ ad huius materię cognitionem prorsus necessaria sunt, in eo (inquam) libro satis demonstrauimus, nos non ita obligationem naturalem considerare, nam hoc modo nunquàm ciuilis per se sola daretur à naturali obligatione seiuncta, quare cum dubitamus, vtrum ex aliqua spetie oriatur naturalis obligatio, de ea intelligimus, quæ oritur immediatè ab ipsa natura, & quæ per se ipsa posset consistere, vel si nullum iuris ciuilis pręceptum adesset. Vera igitur naturalis obligationis causa, & origo in eiusmodi delictis ea mihi videtur esse, 15
quia semper natura in nostris operationibus omnibus ęqualitatem exposcit, à qua quoties facto aliquo recedimus (quodcunque tandem factum illud sit) tunc eadem natura monet, atque instat, vt quod perperam est admissum, emendetur, rursusque ad pristinam æqualitatem redigatur. Et quoniam id quod præcipit natura semper iu- 16
stum est, hoc iustum Aristoteles duplici nomine, & emendatiuum, & commutatiuum appellat. Neque verò existimandum est commutationis nomine solos contractus uoluntarios contineri, aut hanc, quam dicimus inæqualitatem, tunc tantùm continge- 17
re, cum de opibus, ac pecunijs agitur, nam tunc quoque cum ita delinquimus, ut alicuius dignitatem aliqua ex parte minuamus, à naturę æqualitate recedimus. Vnde Aristoteles hoc iusto cõmutatiuo delicta quoq; emendari statuit, eaque oĩa (vt supra diximus) contractus nomine complectitur. Proponamus nobis aliquem, qui alteri ignominiæ notam inusserit, is certè & maior effectus esse, & verè lucrum fecisse dici potest, multos .n. quottidie videmus, qui dum cuippiã iniuriã inferre studet, maximas ea de cã

impensas

impēsas vltrò faciūt, & volūtatē in eo suā expleuisse maximis lucis anteponūt; At quāto
maior hic effectus est, tanto ille est diminutus, qui ignominiam passus est, & sicut hic lu
crum, sic ille iacturam fecit, eamque fortassis iniquiore animo fert, quam si grandem
pecuniam amisisset. Cum ergo hìc quoque apertam cernamus inæqualitatem, dubium
18 non est, quin ęquum sit hanc emendari ab eo qui iniuriam intulit, & hoc est quod di-
cit Vlpianus in l. Non solum §. 1. .ff. de iniu. actionem iniuriarum oriri ex æquo &
bono. Æquum & bonum vocauit, quod Aristoteles appellat iustum emendatiuum, si-
quidem iustum est genus æqui, & boni, & cum eo sępe confunditur, vt nos alibi ple-
nè demonstrauimus. Quocirca est quidem natura fons istius obligationis (nam hoc
iustum emendatiuum verè naturale est) non tamen quatenus iubet delicta publicæ vti
litatis gratia puniri, vt Bald. & Socin. senserunt, sed quatenus iubet ad ęqualitatē
eos reuerti, qui ab illa recesserunt. Tritum est enim apud nos non debere alteri per alte
rum iniquam conditionem inferri l. non debet a lteri .ff de reg. iur. Placuit autem Ari
stotelis verba hìc retulisse, vt planius perspiciatur, quomodo ipse ad delicta quoque, &
ad illas species, in quibus de pecuniis non agitur, hanc inęqualitatis rationem accōm-
modet. Nam cum hic percussus est (inquit) ille percussit, hic interfecit, ille au- «
tem interiit, affectio, & actio in partes non ęquas diuisa est, sed de lucro detrahens iu- «
dex, & damnum passo adiiciens redigere ad æqualitatem eas conatur. Vult iudi- «
19 cem id quod damni datum est ad æqualitatem redigere, sed est interdum cum
id fieri non posse videatur, imò cum de iniuria illata agitur semper ferè id contin
git. Nam si cui per iniuriam vulnus infligatur, sanato vulnere non propterea contu-
melia tollitur. Et hoc fuit in causa, vt quoad pœnam iniuriarum legislatores varia-
20 rint, dum id studuerunt inuenire, quo saltem eius qui iniuriam accepit animum sana-
rent, ac priuatarum vindicationum occasiones amputarent, id quod fieri debere ex Ge
lasio tradit Gratia. in c. si illic 23. quęsti. 4. Vnde pœna iniuriarum ex lege xii. tab.
21 propter membrum quidem ruptum tallio erat, oculus pro oculo, manus pro ma
nu, propter os verò fractum nummarię pœnę erant constitutæ. Sed postea Prætores
introduxerunt aliam pœnam, quę in iudiciis frequentatur. Nam permiserunt ijs qui
iniuriam passi sunt illam ęstimare, vt iudex vel tanti condemnet, quanti iniuriam pas-
sus æstimauerit, vel minoris, prout ei visum fuerit; qua in re maxime & honestatis, &
22 gradus personarum ratio haberi solet. §. pœna autem. inst. de iniur. nec tamen in eo
iusti emendatiui, proportionisque aritmeticę limites egredimur, cum præter id quod
detractum est, nihil amplius exigamus. Est autem sanè hęc pœna illi naturali obligatio-
ni maxime consentanea, qua tenemur inæqualitatem inductam, emendare, nam cum
actor iniuriam æstimat, ostendit se tanti facere mille aureos, quanti eam iniuriam non
accepisse. Quare possumus etiam huius obligationis origini vulgarem illam regulam
accommodare, natura ęquum esse, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem
l. Nam hoc natura .ff. de condict. indeb. Diximus enim eum quoque qui percussit
quodammodo lucrari. Et quoniam intelligebat Aristoteles hoc durum videri posse, cū
23 lucrum, & damnum tunc tantum dici soleat, cum de pecunijs, atque opibus agitur,
ideò occurrens huic obiecto, ita inquit. Dicuntur autem lucrum, & damnum ab- «
solutè etiam de rebus eiusce modi, licet nonnullis minimè idoneum nomen vi- «
deatur, vt lucrum ei qui pcussit, damnum ei qui percussus est, accommodari pos- «
sit, sed vbi tamen perpessionem erimus metiti, hoc damnum, illud lucrum vocatur. «

Metiri perpessionem intelligit Aristoteles,cum iniuriam æstimamus, cum enim tūc tanti censeatur iniuria,quanti fuerit æstimata,atq; in id damnetur qui iniuriā fecit,quasi tātundem ipse lucratus fuerit,propterea clarius tunc perspicitur, in eiuscemodi quoque speciebus damnum,& lucrum considerari posse; Sic videmus nihil esse, quod in delictis consensum vllum vel verum, vel fictum perquiramus, satis enim hæc quam quærimus, naturalis obligatio in eo elucet, quod natura semper quicquid inæqualitatis inductum est, emendari pręcipit, vnde efficitur iustum illud naturale, quod Aristoteles emendatiuum appellat. Sciendum tamen est nos de ijs tātùm pœnis esse loquutos,
14 quę damnum datum resarciunt,quod si damni æstimationem excedant,vt in furto pœna dupli, vel quadrupli, tunc licet parti applicandæ sint, nullam tamen in ijs naturalem obligationem,sed tantum ciuilem inesse concedimus,vt rectè sentit Fulgosius in l. ex hoc iure nu. 19. ff. de inst. & iur. Vnde nec debetur in foro conscientię ar. c. fraternitas, & ibi not.12.q.2.Castr. lib.2.de lege pœnali.Cū enim in eo quod rei æstimatio nō excedit ęqualitatis ratio nō attendatur,quā proximè adduximus,nihil planè est,vnde naturalis obligatio oriri possit. Namneq; ex consensu obligatur, qui deliquit, vt iam demonstratum est, neque etiam obligari potest ex illa naturali ęquitate, publicæq; vtilitatis ratione, quę suadet delicta puniri, vt nunc statim sequenti capite demonstrabimus, dum de iis pœnis agemus,quæ ob publicam vindictam irroganrur.

ARGVM.

IN delictis quę ob publicam tantùm vindictam puniuntur,non modò non ex consensu, sed nulla planè ratione delinquentes ad pœnam obligari.

1 Frequentius interpretes duo pœnarum genera confundunt inter se penitus diuersa.
2 Distinctio Fulgosij inter obligationes,quę rem ipsam,& eas quæ certas pœnas persequuntur.
3 Fulgosii,Fortuniiq; sentētię verbis tantū, sed non re ipsa inter se differunt.
4 Noua opinio quæ aliorum omnium sentētiis aduersatur.
5 Tàm clarum omnibus hoc visum delinquētes ad pœnam publicam aliquo modo saltem obligari, vt ne id quidem probare conati fuerint.
6 Obligationis definitio iis quoq; videtur conuenire,qui publica pœna puniendi sunt.
7 Teneri quempiam lege publica apud iurisconsultos frequentissimum est.
8 Verbum teneri significat obligationem.
9 Verbum deberi an referatur ad pœnas,& quomodo accipiendum sit.
10 Naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur.
11 Delicta puniri naturalis ęquitas exposcit.
12 Quando lege obligemur.
13 Vtrum ad pœnam quis teneatur in foro conscientiæ & nu. 50. cum seq.
14 Ad publicā pœnam nec naturaliter, nec ciuiliter reus tenetur.
15 Non quicunque compelli potest, dicitur obligatus.
16 Qui conuenitur rei vendicatione nullo modo est obligatus,licet ad restituendum compelli possit.
17 Satis legi fuit illis qui iurisdictionē exercent,punienda delicta præcepisse,licet reos ad pœnam suscipiendam non obligarit.
18 Obligationem ad pœnam publicam Iustinianus sua diuisione non est complexus.
19 Ex publicis delictis actiones non dantur.
20 Vbi efficax obligatio sit,absurdū esset ex ea actionem non oriri.
21 An rectè quis dici possit lege Iulia vel eiusmodi alia obligatus.
22 De publicis criminibus transigere licet,tametsi

CAP. IIII.

SEcundum superioris distinctionis caput illas pœnas complectitur, quæ non ea de causa,vt damnum datum resarciant, sed publicę vtilitatis gratia irrogātur, ideoq; vel capitales sunt, vel si sunt pecuniariæ, non tamen ei qui damnum passus est, sed fisco adiudicari debent. Et in hoc quoque varię nostrorum interpretum opiniones re-
1 periuntur. Extant primò illę duę quas & supra retulimus, si quidem earum authores huius generis pœnas à superioribus illis non distinguunt, sed in his idem planè quod in illis concludunt. Prima ergo est opinio Accur. Bart. Beluisii, & Io. Fabri in locis supra adductis, qui putant in quocunque genere delictorum naturalem obligationem

ex

ex delinquentis consensu proficisci. Secunda est opinio Bald. in d. l. 1. §. Bestias. ff. de postul. & Socin. hoc in loco existimantium obligationem naturalem oriri ex illa naturali ęquitate, quæ iubet delicta puniri, nam ipsi quoque Bald. & Socin. loquuntur generaliter, neque hoc secundum caput à primo seiungunt. Tertia est Fulg. in l. ex hoc iure nu. 19. ff. de Iust. & iu. vbi ex obligationibus descendenti-
2 bus ex delicto, illas tantum fatetur esse iurisgentium, quæ rem ipsam persequuntur, alias verò obligationes, quæ persequuntur certas pœnas, iuris ciuilis esse statuit, qua in re cum loquatur indefinitè, eas quoque complectitur pœnas, quę fisco applicandæ sunt, & quarum gratia publica iudicia sunt constituta. Nam quę parti applicantur, vt in furto pœna dupli, vel quadrupli, ad id quod quærimus in pręsentia nihil pertinent. Quam Fulgos. sententiam sequitur & Iason in d. l. ex hoc iure. At Fortunius Garzia in l. legitima num. 67. vers. si autem tale delictum. ff. de pactis, necnon & Marcellus Berengutius hic col. 13. existimant respectu huius pœnę publicę, de qua nos loquimur in pręsentia, delinquentem obligari etiam naturaliter propter illam naturalē æquitatem, qua tenemur patrię, ac maioribus parere, latasq; ab iis leges seruare. l. ueluti. ff. de iust. & iure. c. si quis maior. extra de maio. & obed. Verùm hęc opinio nihil
3 planè differt à proxima superiori. Nam cum hoc dicunt, apertè fatentur non adesse hìc naturalem obligationem, sed tantùm ciuilem; nos enim non de illa naturali obligatione nunc loquimur, quę oritur ex solo præcepto maiorum, & quæ semper est coniuncta cum ciuili, sed de illa, quæ ab ipsa natura immediatè proficiscitur, quam hìc nullā esse sentiunt. Quare tres tantùm hac in re Doctorum opiniones sunt. Nos tamen lon-
4 gè ab ijs omnibus dissentimus, ac frustra quæri putamus, ciuilis nè tantùm, an etiam naturalis hæc obligatio sit, quia quoties pœna publica est, ac publicæ tantum vtilitatis gratia alicui delicto est adscripta, neque naturaliter, neque ciuiliter eum qui delinquit ad illam pœnam obligari existimamus. Video quidem hoc plerisque perabsurdum primo aspectu uisum iri. Sed spero propediem fore, vt id verissimum videatur. Primùm autem referemus argumēta, quibus probari posse videtur, ad pœnam publicam delinquētem obligari, vt intelligatur causam fuisse Doct. cur ita concluderent, deinde referemus rationes, quæ nos in contrariam partem adducunt, ex quibus cognoscetur, nobis quoque causam fuisse, cur aliorum traditionibus aduersaremur. Pro sententia affirmatiua, atque communi nihil ipsos Interpretes attulisse reperio, vnde probarent esse aliquam obligationem, qua delinquens ad pœnam publicā teneretur; Neque enim
5 vllus hac de re dubitauit, sed concedunt planè omnes reum hìc quoque aliquo modo obligatum esse, licet in eo discordes sint, quod plerique vtroque modo, & naturaliter, & ciuiliter, nonnulli verò ciuiliter tantum obligari reum voluerunt, sed quæ mihi videntur adduci posse, hæc fermè sunt. Primò delinquentem ad pœnam quoque publicam, aliquo modo obligari, ex definitione obligationis demonstratur. Nam obligatio (vt definit Iustinianus) est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secundum Romanæ ciuitatis iura. At si quis crimen commisserit, quod
6 publica pœna plectendum sit, ueluti si ex stupro soluenda illi sit dimidia pars omnium bonorum iuxt. §. Item lex Iulia. inst. de publ. iud. nihil planè deest, quo minus hæc definitio conueniat, si quidē adest hìc quoque necessitas, qua adstringitur ille ad dimidiā bonorū soluendam, Vnde consequens esse videtur, vt eum obligatum esse fateamur. Secundo possunt pro hac opinione adduci illæ omnes leges, in quibus dicunt iurisconsulti

7 consulti, aliquem teneri lege Iulia, lege Cornelia, lege Pompeia, aliisq; eiuscemodi, ex quibus publica pœna publico iudicio conuictis irrogatur l. Mariti lenocinium ff. ad l. Iuliam de adult. l. lege Cornelia. ff. ad. l. Cornel. de vi publ. l. 1. ff. ad. l. Pomp. de parric. l. 4. & 5. cum multis simi. ff. ad. l. Cornel. de sicar. Nemini enim dubium
8 est quin verbum, teneri obligationem significet, vt in Rub. & l. 4. C. An seruus pro fac. suo post manu. ten. Vnde passim dicere solemus, ex empto, locato, deposito aliquẽ teneri, cum volumus significare, ex contractu aliquo quempiam esse obligatum. Confirmatur hoc argumentum, quia legimus interdum, ex his ipsis legibus nomine pœnæ
9 aliquid deberi, vt in. l. quod ex his causis. ff. ad. l. Iul. de adult. Videtur autẽ tunc debitum dici, vbi verè aliqua subest obligatio l. non potest. ff. de reg. iur. l. quod indebitum l. in diem ff. de condict. indeb. no. Inst. de actionib. in princ. & in l. debe-
10 ri. l. de fideicom. libert. Tertio naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur l. stichum. §. naturalis ff. de solut. quo fit, vt vbi naturalis ęquitas aliquid exigat, ibi
11 naturalem obligationem reperiri necesse sit. Sed æquitas naturalis exigit delicta puniri l. bona fides. ff. depos. l. si quis à reo §. illud quod vulgo ff. de fideiuss. l. ita vulneratus. ff. ad l. aquil. ergo naturalem obligationem adesse hìc oportet, qua is qui deliquit ad pœnam adstringatur, & ita voluit hìc Socin. argumentari nu. 4. in fine. Ac porrò, quoniam non tantum naturalis ratio, sed etiam lex ciuilis hoc idem pręcipit, concludendum propterea videtur, naturali obligationi ciuilem quoq; accedere. His oĩbus postremo addamus responsum Modestini in l. obligamur. §. lege obligamur. s. tit. prox. Lege (inquit) obligamur cum obtemperantes legibus aliquid secundum præ "
12 ceptum, legis, aut contra facimus. Si tunc obligamur, cum facimus contra legis pręceptum, cõcedendum certè est, eum quoque obligari, qui ita deliquit, vt publica pœna puniendus sit, neq; n. negari potest, quin contra præceptum legis faciat. Nam si quis aut aduersus populi, Principisuè securitatẽ aliquid moliatur, aut vim alicui publicam afferat, aut stuprum, vel adulterium committat, vel parricidium, aut in publicas testationes dicendas aliquo modo coeat, aut alio simili flagitio se contaminet, dubium non est, quin alicuius semper legis vel Iuliæ, vel Pompeiæ, vel Corneliæ, vel cuiuslibet alterius præceptis aduersetur. Ex hac porrò cõmuni sententia alia sequitur cõclusio, quæ sanè maximi momenti est. Quoties enim lex alicui facto ipso iure pœnam imponit, vel quia factum illud contineat delictum eiusmodi, quod ob publicam vindictam puniendum sit, vel quia præsumptionem fraudis aliquam afferat, si tunc damus eum, qui legi
13 contrauenit, natura saltem ad pœnam obligari, illud pariter concedamus oportet, eundem in foro animę illicò illi pœnæ obstrictum esse, & quod eo nomine soluendum est ne quidem ante sententiam illũ sibi tutò retinere posse. Ita Panorm. in c. 1. col. 3. vbi Fely. col. 13. de constit. & in c. extirpandæ §. quia verò col. 8. vers. ex his dico. & col. seq. vers. ex prędictis extra de pręb. Barbat. in c. Rainaldus col. 45. & col. 161. de testa. Card. Alexandrinus in c. Fraternitatis col. penult. 12. q. 2. Felyn. in c. Rodulphus car. penult. vers. limita 3. extra de rescript. & in c. cum nobis col. penult. eod. tit. Thomas Parpalia in l. Si quis maior in 9. quæst. extra glosam C. de transact. Veruntamen his minime aduersantibus, intrepide nos concludimus ad publicam pœnam nec naturaliter,
14 nec ciuiliter quemquam obligari. Quod vt clarius demonstretur, animaduertendum est in primis, non semper obligatum rectè dici, quicunq; publica auctoritate ad aliquid
15 soluendum compelli potest; idque hoc solo exemplo facile demonstratur, quia qui cõ uenitur

uenitur rei vendicatione, si actor probauerit, ad rem illam soluendam officio iudicis manu militari compelli potest, vt ait Vlpianus in l. qui restituere.ff. de rei vendicat. At is tamen nullo modo dicitur obligatus, vt disertè tradit Iustinianus in.§. omnium Inst. 16 de act. vbi hac sola differentia distinguit actiones in personam ab ijs quę in rem proditę sunt, quoniam illæ proponuntur semper contra eum, qui aliquo modo obligatus est, hæ verò nullã in reo obligationẽ requirũt. Cuius distinctionis posterius caput in hęc " verba proponit. Aut cũ eo (inquit) agit qui nullo iure ei obligatus est, mouet tamẽ ali- " qua de re cõtrouersiã, quo casu proditæ in rẽ actiones sunt, & quę sequuntur. Quę verba perspicue docent eum qui conuenitur actione in rem, quamuis ad eam restituendã compelli possit, tamen nulla obligatione teneri. Quod cum ita se habeat, illud constanter in hac tota disputatione retinendum est, non rectè inferri, vt qui deliquit, ideo dicatur obligatus, quia pœnam publicam inuitus luere cogatur. Satis enim fuit, ijs qui iurisdictionem exercent, legem præcepisse, eorumq; curę, atq; officio commisisse, ne deli- 17 cta impunita relinquerent, sed publicæ vtilitatis gratia crimina vendicarent, ac de scelestis hominibus supplicium sumerent. Cur verò eos qui delinquunt ad suscipiendam pœnam lex obligaret, nullam causam fuisse video. Neq; enim potuisset facere hęc obligatio, vt illi sese propterea ad pœnam promptius offerrent, siquidem reclamasset natura, quæ non patitur quemquam aut mortem, aut miseriam appetere. Secundò si obligatio ex his quoque criminibus oriretur, quæ publicę vtilitatis gratia vendicantur, & pro 18 quibus iudicia publica instituuntur, manca esset, atq; imperfecta diuisio obligationum, quam tradit Iustinianus in.§. sequens Inst. de obligat. dum dicit obligationes aut ex contractu esse, vel quasi contractu, aut ex maleficio, vel quasi maleficio; nam cũ deinde ad eas deuenit obligationes, quæ ex maleficijs oriuntur, ea tantum recenset maleficia, in quibus pœnæ cõstitutę sunt non tàm publicæ vtilitatis gratia, quàm vt ei qui læsus est satisfiat. Cuiusmodi sunt furtum, rapina, damnum, iniuria; vt habetur in tit. de oblig. quę ex deli. nasc. cũ tribus sequentibus. Alia verò grauiora crimina quorũ publica sunt iudicia, & quibus pœnę publicæ constitutæ sunt, vt crimen lęsę Maiestatis, stupra, adulteria, homicidia, falsitates, & alia hac diuisione non est complexus, sed ad postremam partem reseruauit, omniaq; congessit in tit. de publ. iud. qui titulus omnium postremus est. Tertiò possumus hanc sententiam confirmare alio modo ex eo quod tradit Iustinianus in eo ipso tit. Inst. de publ. iudic. in princ. Publica iu- " dicia (inquit) neq; per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent " cum cęteris iudicijs, de quibus loquuti sumus &c. Quibus verbis apertè docemur pro iis criminibus, quorum publica iudicia sunt actiones nõ cõpetere. At si ex eiusmodi de 19 lictis oriretur obligationes, essent illæ proculdubio efficaces, cum nihil esset, quod earũ effectũ impedire posset. Nimis aũt certè absurdũ, atq; à iurisc̃õsultorũ oĩum sentẽtia alienũ esset, dari obligationẽ efficacẽ, ex qua actio nõ oriretur, ar. l. licet. §. ea obligatio 20 .ff. de procurat. Quare merito in toto tractatu de publicis iudiciis, vti nulla actio, ita nulla obligatio consideratur; Neq; enim (vt arbitror) legem vllam reperiemus, in qua dicatur aliquẽ esse obligatũ lege Iulia, vel Cornelia, aut similibus; sed quia ad officium Iu- 21 dicis spectat ea crimina punire, propter quę iudicia publica instituũtur, ideo loco actionis apud ipsos Iudices accusatio instituitur. Quartò permittit lex interdũ, vt in eiusmo- 22 di criminibus pœnæ euitandæ gratia cum accusatore transigi possit. l. transigere C. de " transac. Transigere (ait ibi Diocletianus) vel pacisci de crimine capitali, excepto adul

terio

terio prohibitum non est, &c. Sed hoc nimis absonum esset, si pœnæ suscipiendę obli
gatio in ipso reo resideret. Quomodo enim rectè posses de eo transigere, in quo
Reip. obligatus esses? Nam vel si quacunque alia ratione hoc permittendum videre-
tur, tamen hęc sola ratio quod lex ad pœnam te obligasset, transactionem impedire de-
23 beret. Alioquin lex esset sibi ipsi contraria, quæ ad suscipiendam pœnam reum ob-
ligaret, eidéque viã ostenderet, vnde transactionis ope pœnam ipsam euitaret. Secũdo
probatur hæc opinio ex. l. omnem obligationem. ff. de iudic. quo loci ait Paulus om
24 nem obligationem pro contractu habendam, vt vbicunque aliquis obligetur, & con-
trahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Sicque ibi tantùm concedit ob-
ligationem adesse, vbi adest contractus. At contractus (vt supra ex Aristotele vidimus
25 quem in hoc diximus Paulum esse sequutum) non nisi ad iustum commutatiuum per-
tinent, quod nullis alijs nos pœnis obligat, præterq̃ illis, quæ damnum datum resar-
ciunt, vt ex eodem Aristotele supra ostendimus. Idque etiam ex eo confirmatur, quod
diximus iustum commutatiuum dirigi proportione aritmetica, quæ qualitatis perso-
narum nullam habet rationem, ac solius quantitatis æqualitatem nouit, sed in publicis
26 pœnis personarum ratio habetur. Est enim interdum cum grauius humiliores, mitius
honestiores puniantur, vt l. 1. ff. ad. l. Cornel. de sicar. §. Item lex Iulia. Institut. de
publ. iudic. vnde rectè concluditur eiusmodi pœnas neque ad iustum commutati-
uum, neque ad hanc nostram obligationum materiam quicq̃ pertinere. Hinc verò fa-
cili negocio ea omnia diluuntur, quæ pro communi sententia adduximus. Non ob-
stat quod primò dicebamus, conuenire obligationis diffinitionem; Primò enim re-
27 spondetur satis perspicuum esse, non semper cum de publicis pœnis agitur, hanc defini
tionem aptari posse, nam si pœna capitalis sit, nulla res pœnę nomine soluenda est,
quoniam repugnãt illa definitionis verba gratia, alicuius soluendæ rei. Nec ratio ulla
est cur in publicis studijs interdum oriri, interdum non oriri obligationem dicamus.
Verùm amplius id affirmari potest, nunquàm planè hanc definitionem cõuenire, etiam
si ex publico delicto reus pecunia mulctandus sit, quamuis verè dici possit necessitate
obstrictus alicuius soluendę rei, quemadmodum neque illi qui conuenitur rei vendi-
catione voluit Iustinianus hanc definitionem accommodate, vt ipse testatur in §. om-
nium insti. de actio; & is tamen necessario adstringitur ad illam rem restituendam. l.
qui restituere. ff. de rei vend. Quod si quæsiero quo pacto à definitione obligationis
hæc ipsa species excludatur, cum actio in rem contra aliquem proponitur, certè respon
28 debis excludi propter genus huius definitionis, quia nullum iuris vinculum in eius per
sona extat, qui rei vendicatione conuenitur; neque ipse vllo modo est obligatus, quam
uis ad iudicis officium spectet, vt manu militari ad rem restituendam illum compellat.
Sic ergo & cum quis publico iudicio accusatur, non concessero ego iuris vinculum in
eo residere, quo verè ad suscipiendam pœnam obligetur, licet si conuictus sit, pœnam
29 luere inuitus compellatur. Quocirca rectè dices eum pœnę addictum, & destinatum,
nõ tamen obligatum. Vel si etiam obligatum dicere malueris, non magnopere aduersa
bor, nec de voce valde sollicitus ero, dummodo obligatum pro addicto accipias, vt
30 sæpe accipi solet, ac fatearis (id quod fateri necesse est) huic ipsi quem dicis esse obli-
gatum, non inesse obligationem eo modo quo à Iustiniano & definitur, & diuidi-
tur, & prout nõ tantum in hoc titulo, sed etiam in tota obligationũ materia à Iuriscon
31 sultis consideratur. Nã si solã vocẽ spectaris, etiam fundum pignori datum rectè dixeris

obligatum esse, vt dicitur in . l. 3. 4. 5. & passim C. quæ res pign. oblig. poss. tamen
constat obligationem quatenus cadit in rebus inanimatis in hac definitione obligatio
nis non comprehendi, neque pignus vere obligatum esse, sed quicquid pignori obli-
gationis inest, id planè totum in eius qui pignus accepit, persona residere. § vlt. Instit.
qui. mo. re contr. oblig. Quemadmodum etiam rem pignori datam fatemur solu-
tioni planè addictam ac destinatam esse, ita ut nisi prestetur quod prius debitum
erat, necessario illa soluenda sit, et tamen hanc quam querimus obligationem
in ea reperiri negamus. Sic quamuis ille qui crimen aliquod commisit, ex quo pu-
blico iudicio damnari possit, pœnę publicę sit addictus, atq; eā luere, sicon uictus fue-
rit, omnino compellendus sit, nullam tamen in ipsius persona iuris vinculum, nul-
lamque obligationem reperiri concedimus. Ad 2. argum. dum perpenduntur illæ
leges in quibus dicitur lege Cornelia, lege Iulia, vel similibus quempiam teneri, eodem 32
fermè modo responderi potest; nam fatemur posse dici aliquo modo teneri eum qui de
liquit, quatenus pœnæ addictus est, sed obligationē, quæ iuris vinculum est in eo nullā
reperiri contendimus. Atque hìc quoque eodem pignoris exēplo vti possumus, sicut
enim dicimus pignus esse obligatū, ita dicimus pignus teneri; sic Paulus in . l. naturaliter 33
.ff. de condit. indeb. Et pignus (inquit) pro eo datum tenebitur. Et tamē ipsi pigno-
ri (vt dictum est) obligationem non rectè tribuimus. Cauendum est igitur diligenter
ne modi forsan loquendi nos decipiant, nam hęc verba teneri, & obligari, vel si persæ-
pe obligationem significent, interdum tamen ad ea quoque referuntur, in quibus non
adest hęc ipsa obligatio, de qua iurisconsulti in hac materia loquuntur. Idem & de
verbo deberi affirmandum puto; Video enim id optimè probari Inst. de act. in princ. 34
iuncto . §. 1. vt & rectè ibi contendit Eguin. Baro interpres. iudicio meo, solidus
& eruditus, quicquid contra Accursius, & alij ibidem comminiscantur. Quare illud
quoque parum deberet nos mouere, quod iurisconsultum fortasse aliquem sic loquen-
tem inueniremus, vt diceret stupri, vel homicidij pœnam, aliam vè similem ab aliquo
deberi. Verumtamen responsum illud Modestini, quod supra adduximus in . l. quod 35
ex his causis .ff. ad . l. Iul. de adult. vbi vtitur iurisc. verbo debetur, alia de causa no-
stræ sententiæ non aduersatur; quandoquidem ibi non agitur de pœna legis Iuliæ,
quę nulla actione peti potest, sed de his rebus, quæ accusationis occasione deben-
tur, ac per condictionem ex lege peti possunt, vt si de seruis rei quęstio habita fuerit, &
ipse reus postea fuerit absolutus, nā ęstimari per iudices damnū voluit lex Iulia, siue mor
tui fuerint serui, quantę pecunię ante quæstionem fuerint, siue viuant, quantę pe-
cunię in his damnum datum fuerit, factum vè, vt refert ibi Vlpianus in . l. proximè
superiori. Quoniam ergo huius damni emendatio erat in obligatione, & vbi
adest efficax obligatio, aliquam semper actionem competere necesse est, quæ nam sit
actio illa, quærit ibi Martianus, & condictione ex lege agi posse concludit. Non ob-
stat pręterea quod 3. loco dicebatur, adesse hìc naturalē ęquitatem, quæ iubet delicta pu
niri, & adesse insuper dispositionem legis ciuilis, qua idem præcipitur; nam quamuis ne-
cessaria hæc sint, vt inducatur obligatio, vel naturalis, vel ciuilis, tamen non sequitur, vt. 36
q[illegible]ties hæc adsunt, semper ex iis obligatio inducatur. Sequeretur hoc quidem, si vel na
[illegible] ęquitas, vel præceptum ciuile eò spectarent, vt illi qui deliquit obligatio-
n[illegible]ulum inijcerent, & ad pœnam suscipiendam illum adstringerent, sed
hoc n[illegible] fuit hìc necessarium, cum satis hìc fuerit iudicibus, ac magistratibus
eam

eam curam demandare, vt debitas ab illo pœnas exigant Restat vltimum argumentum, quod omnium maxime videtur vrgere de . l. obligamur . §. lege obliga-
37 mur . s. tit. prox., dum ait ibi Modestinus lege nos obligari, cum obtemperantes legibus aliquid secundum prędceptum legis, aut contra facimus; vnde necessariò inferri videtur, eum qui legis Pompeiæ, aut Flauiæ, aut Corneliæ, aut alterius similis præcepto aduersatus est, ea lege obligatum esse. At neq; hoc argumentum nostrę sententiæ quicquã aduersatur; nã verè ibi loquitur Modestinus de ea obligatione, ex qua actio proficiscitur, vt rectè probatur ex illa ipsa Rubr., quæ inscribitur de actionibus & obligationibus, Tunc autem tantum oritur ex delicto actio
38 ad pœnam cum pœna parti applicanda est, non autem cum pœna publica est vt probatur in . §. sequens. instit. de obligat. iuncto eo quod habetur instit. de public. iudic. in princip. Quare vt accipiamus hoc responsum in iis terminis, in quibus Modestinus loquitur, cum ipse dicit lege obligari eum qui contra præceptum legis facit, debemus intelligere de eo tantum, qui ob delictum quod commisit, actione conueniri potest, non de illo contra quem non actio, sed accusatio instituitur, de quo solo nos hoc tempore loquimur. Atque hoc non tantum ostenditur ex inscriptione Rubricę, quam proximè perpendimus, sed probatur etiam ex . l. proximè pręcedenti, cui hæc ipsa lex videtur esse connexa, ibi enim Celsus definit actionem nihil aliud esse, quam ius persequendi iudicio, quod nobis debetur; declarat postea Modestinus in . l. sequenti quomodo hoc debitum inducatur, compluresque modos enumerat, qui omnes propterea ita accipiendi erunt, vt ad illud debitum pertineant, ex quo actio oriri potest. Præterea respondetur voluis-
39 se ibi Modestinum tantummodo demonstrare quid illi modi obligandi differant inter se, quos ipse ibi recenset, at non id egisse, vt in singulis modis definitiones traderet eiusmodi quæ cum suo definito conuerti possent, ait enim nos obligari; aut re, aut verbis, aut re, & verbis simul &c. Re dicit nos obligari, quando res interuenit, sed clarè videmus hanc definitionem non conuerti cum suo definito, quia non semper cum res interuenit, inducitur obligatio, vnde voluit hoc proculdubio iurisc. significare, quoties ex eo profluit obligatio, quod res aliqua interueniat, re contractam dici obligationem, ac in reliquis etiam modis explicandis eundem Modestini fuisse sensum reperiemus. Quare quando dixit lege nos obligari, cum facimus contra pręceptum legis, intellexit obligationem, quæ oritur ex eo quod contra præceptum legis faciamus, lege dici introductam, non tamen sensit ex hac ipsa causa semper obligationem oriri. Siquidem præsto est semper illa instantia, quod qui negat restituere rem alienam, facit contra præceptum legis, et tamen nec lege, neq; alio modo obligatur, sed officio Iudicis tantùm cõpellitur, vt supra diximus. Itaq; voluit id vnũ Modestinus nos docere, quo pacto obligationem lege inductam à reliquis obligandi modis distingueremus, neque enim ita loquutus est, vt quæ dixit omnia penitus ad calculum reuocari possint, vt facile intelligas præter id quod diximus, nihil aliud eum spectasse. Quod ipsum etiam ex eo optimè intelligitur, quia dicit lege nos obligari cum obtẽperantes legibus aliquid secundum præceptum legis, aut contra facimus. Non eodem
40 certe modo inducitur obligatio, quando aliquid secundum præceptum legis facimus, et quando contra. Quoties enim quid facimus secũdum præceptum legis, ex illo facto non oritur obligatio, sicut quando contra facimus. Verum ipse intellexit obligationem

legeinductam tunc tantum posse considerari, cùm obtemperantes legibus aliquid facimus, aut secūdum leges, aut contra. Nam cum facimus aliquid secundum leges, agnoscimus in eo obligationem, quę nos, vt id faciamus, adstringit, illud tamen exigit iurisc. vt obtemperantes legibus ita faciamus, hoc est eo animo, vt dum id facimus, legibus obtemperare velimus. Etenim si Saracenus, gratia exempli, aliquid faceret, quod nostris tantùm, & non suis legibus præciperetur, nullam in illo facto possemus considerare legis obligationem pręcedere, quia non eo animo id faceret, vt legibus obtemperaret, vt pote qui legibus sese obligatum nō agnosceret. Rursus etiā cum aliquid facimus non per se quidem alioquin improbatum, sed quòd pręcepto illarum legum aduersetur, quibus tanquam subditi obtemperamus, tunc obligamur ad illud quasi resarciendum quod contra legis præceptum commisimus. Videtur hic mihi verissimus esse illius legis sensus, quem si recipiamus nō erunt exempla Accursii necessaria, quibus demonstrare conatur, quomodo ex eo quod faciamus secundū pręceptū legis, possit obligatio oriri. Primum exemplum est, cum colonus finito tempore cōdu 41
ctionis in conductione permansit. Secūdum, cum quis negotium alterius facere cœpit, quæ tamen duo prima exempla ipsi Accursio non satis arrident. Tertium est cum vsuras solo pacto debitas longo tempore quis soluit. Quartum cum alimenta inutiliter relicta per triennium præstitit. At neque hæc postrema (vt nec duo prima quæ displicent Accur.) verbis iuriscōsulti rectè accōmodantur. Nā loquitur ipse quando secundū pręceptum legis aliquid facimus, sed in prędictis exemplis id quod facimus à lege non pręcipitur. Et hęc exempla tradit Accursius ex sententia Martini. Quintum & vltimum est quod ipse affert ex propria sententia, cum collocantes filias nuptui, secundum pręceptū legis ad dotem mox constituendam obligamur. Quod multò etiam minus recipiendū est; quandoquidem aderat præceptum de dotanda filia, anteaquam ipsa nuptui traderetur; vnde ex illo facto dotandi obligatio non inducitur. Imò verò dubitari solet, 42
an ex nuptijs ea obligatio perimatur, ita vt pater filiam, posteaquam nupta est, non teneatur dotare; qua de re plenè aliquando diximus in l. 1. ff. solut. metr. Atqui certè sicuti hęc exempla minime congruunt, ita nihil est, quod in alijs perquirendis elaboremus, cum mens iurisconsulti non illa fuerit, vt ex eo quod secundum pręceptum legis aliquid faciamus, oriri obligationem existimauerit. Responsum hoc Modestini plenius aliquanto explicandum censuimus, quoniam primo aspectu videbatur obscuritatis plurimum habere, quanquam ad id quod quęrimus satis nobis esse poterat illud ostēdisse, non rectè posse ex his verbis colligi, eum qui delinquit ad publicam pœnam obligari, cū ex hoc solo nostra sentētia satis defendatur. At video cōtra hanc ipsam sententiā ex ijs quæ nosmetipsi supra conclusimus, multò fortius argui posse in hunc modum. Diximus supra eū qui alterū lædit, natura obligari, vt quod dedit damnum resarciat, propterea quod natura in nostris operationibus omnibus æqualitatē maximè exposcit, Quod cū ita se habeat, ex hoc videt̄ necessario illud sequi, vt qui in legem Iuliā puta, vel Corneliā, vel alias similes delinquit, ex quibus publica iudicia exercent̄, ad pœnā publicā obliget̄. Lędit em̄ is proculdubio Rēpub. ob malū exēplū, dānūq; illi nō mediocre in- 43
fert. Quare nulla videtur esse ratio, cur nō hunc quoq; obliget natura, vt quemadmodū priuato, ita & Reipub. quæ hac in re quoddā quasi vulnus accepit, damnum resarciat, Nec sanè poteris hoc argumentū ex eo declinare, quod dicas hoc damnum nō esse eiusmodi, vt ipsius Reip. opes minuat, nam si quis priuati hominis aut corpus vulneret,

aut

aut eius existimationem aliquo iniuriarum genere deminuat, non magis pecunia-
rium (vt ita loquar) videtur esse hoc damnum, quam cum Respu. ob malum exemplũ
læsa est; & tamen qui priuatum lædit ipsi priuato obligatur, vt tantum soluat quanti
ea res fuerit æstimata. §. pœna autem instit. de iniu. Quamuis hæc obiectio videatur
primo aspectu plurimum vrgere, tamen facili negotio tolli potest. Constituendum est
44 ante omnia, semper satisfactionem ad eam partem maximè dirigendam esse, in qua ma
ximè damnum extare perspicitur. Quo fit, vt cum ab eo, qui publico crimini obnoxius
est, Respub. ob malum exemplum læsa fuerit, non rectè ipsi Reip. satisfieri possit, nisi
id fiat, quo cæteri ciues ab eo crimine tantum deterreantur, quantum eius exemplo
qui deliquit ad illud ipsum inuitari potuissent; Fieri verò hoc non potest, nisi is qui de-
45 liquit, aut vita priuetur, aut quocunq; alio modo ad eam miseriam, & ærumnã rediga-
tur, vt cæteris exemplo sit ad maleficia deterrenda. Itaq; firmum hoc maneat oportet,
in pœnis publicis infligendis delinquentium miseriam maximè spectari, imò verò ex
ea sola Reip. damno posse satisfieri. In pœna sanguinis hoc apertè conspicitur, quę si
46 per se consideretur, Reipublicę nihil prodest, imò verò maximè nocet, nam si hominẽ
interfeceris, & propterea tibi quoq; moriendum sit, in pœna exigenda nouam iactu-
ram facit Respub. cuius pręsertim interest liberis hominibus quammaximè affluere l.
1. ff. solut. matr. Verum prodest hęc pœna Reip. quatenus eius atrocitate cæteri ci-
ues à maleficijs deterrentur. De illa rectius forsan quis addubitet, quę non corpus affi-
cit, sed in pecunia consistit, nunquid propter lucrum, quod ipsa pecunia secum affert,
an verò potius propter miseriam, & paupertatem ad quam delinquens redigitur, Rei-
47 pub. satisfaciat. At ne de hac quidẽ dubitare nos patitur Triphoninus in l. Bona fides
.ff. dep. vbi de eiuscemodi pœna loquitur, atq; in ea solã delinquentis egestatẽ conside-
rat, non lucrum, quod ex ea pecunia fiscus facit. Nam malemeritus (inquit) publicè, “
vt aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Alioquin ve “
48 rò cogeremur fateri, quoties lex ob personarum honestatem pœnam ex capitali pecu-
niariam facit, vt in l. 1. ff. ad l. Corn. de sica. & .§. item lex Iul. Inst. de publ. iudi.
legis intentionem mutari, & in honestioribus pecunię lucrum magis attendi, publi
cum verò exemplum, ac deterrendorum maleficiorum rationem minus considerari.
Quod tamen nemo (vt arbitror) affirmauerit, cum nulla ratio sit, cur minus nobiles q̃
humiles à maleficijs deterrere legumlatores in animo habuerint. Hoc ita constituto,
iam rationem habemus cur ad publicam pœnam is qui deliquit obligatus non sit, si-
49 quidem natura neminẽ obligat vt vel mortis supplicium appetat, vel miserijs, & æru-
mnis se ipsum exhibeat, quin potius permittit, ac monet, vt pœnę vitandæ gratia, quan
tum in ipso est, delictum occultet, id quod (vt statim dicemus) nec etiam improbant
Theologi, qui naturę debita potissimum intuẽtur. Hanc porrò obligationem quam
natura non cognoscit, lex ciuilis inducere contra naturæ præscriptum minimè debuit,
sed satis fuit, magistratibus (quemadmodum supradiximus) hanc curam demandare
vt scelestis hominibus acriter obsisterent, ac publica crimina publicis pœnis vindicarẽt.
Sic iam optimè (nisi fallor) demonstratum est verissimam esse hanc nouam opinionem,
si modo noua dici potest, quam apertè & Aristoteles & Iustinianus nos docuerint, licet
à nostrorũ interpretum mente sit alienissima. Qua ex re intelligitur, neque etiam illud
tutum esse, quod ex communi sententia deducebatur, eiuscemodi pœnis eum qui deli-
50 quit in foro animæ obstrictum esse, nos enim verius esse existimamus, ante sententiam

eum non teneri, id quod docet Diuus Thomas in 2. 2. quæst. 62. art. 3. idemq; etiam ex nostris pleriq; senserunt, vt Bald. in l. id quod pauperibus. in 9. q. vers. sed pone testator. C. de episc. & cleric. Andr. de Isern. in constit. incip. violentias, (quamuis ibi Marhæus de Afflic. col. 3 in 2. quæst. illum reprehendat) Petrus de Anchar. in reg. possessor male fidei. col. 25. de reg. iu. in 6. Quod si corporali supplicio à lege quis addicatur, neq; etiam post sententiam in iudicio animæ ad eam pœnam obligabitur, vt rectè concludit Domin. Sotus lib. 1. de iust. & iur. quæst. 6. ar. 6. in 5. conclu. atq; in toto illo art. hanc ipsam quæstionem, quæ pertinet ad obligationem in foro conscientiæ copiosissimè tractat. Est tamen interdum eam pœnam in foro conscientiæ retinere non possis, etiam ante latam sententiam, veluti cum lex in pœnam criminis impe- 51
dit primam alicuius rei acquisitionem, non enim tunc tutò poteris eam rem tibi retinere, non quia vlla ad restituendum orta fuerit obligatio, sed quia nullū in ea re ius ob tinebis, quæ tibi lege impediente acquiri non potuerit. Itaq; si beneficium, gratia exem pli, per simoniam scienter commissam impetraueris, quoniam titulus nullus est, nullūq; in sacerdotio ius acquisiuisti, teneberis in foro conscientiæ beneficium dimittere, fructusq; omnes etiam consumptos restituere. Ita sentit Diuus Thomas in 2. 2. quęst. 100. 52
ar. 6. ad 3. probaturq; in c. de simoniaca & in c. de regularibus extra de simon. c. ordi nationes, & c. si quis Episcopus 1. q. 1. Idemq; concludendum erit, si hæreditatem adie rit spurius qui à lege humana incapax redditur paternę hæreditatis, vel si beneficij collatio fiat ei, qui vel tanq̄ illegitimus, vel ob aliam causam irregularis sit, ac beneficiorū 53
ipso iure incapax; tenetur enim vterq; fructus perceptos restituere, cum in propositis speciebus neq; hereditatis aditio, neq; beneficij collatio ius vllum tribuerint, iuxta ea quæ tradit Dynus in reg. 1. de reg. iur. in 6. Inno. in c. cū nostris de concess. præben. Milius in repert. in ver. irregularis vt homicida. facit tex. in c. dudum 1. de elect. Videndusq; est Didac. Couar. in reg. peccatum in 6. part. §. 8. nu. 7. de reg. iur. in 6. & in Epit. ad 4. lib. Decret. par. 2. c. 6. §. 8. nu. 16. & c. 8. §. 5. nu. 8. Quibus in locis hac de re tota tā copiose differit, vt nobis in ea explicanda diutius versari nō sit necesse.

ARGV.

Conuentionum duo potissimum genera esse, quorum vni contractus, alteri verò pacti nomen tanq̄ magis peculiare conueniat; Atq; ex hoc decidi illā quæstionē copiose à nonnullis disputatam, vtrum pactum in genere, an verò in spetie tantum accipiatur.

1 Confunduntur interdum consensus, & conuenio.
2 Conuentiones quæ re perficiuntur, non rectè pacta appellari possunt.
3 Solent & quę subiecto conueniunt diuer sis nominibus nuncupari, si ratione in ter se differant.
4 Omnium maximè contractus nomen me rentur conuentiones, in quibus rei tra ditio interuenit.
5 Contractus quomodo græcè.
6 Quo ex fonte in conuentionibus quæ re perficiuntur, nascatur obligatio.
7 Consensus quamuis in omnibus conuentionibus necessariò requiratur, non tamen ipse semper est radix, ac fundamentum obligationis.
8 Communis distinctio inter cōsensum materialem, & formalem.
9 Nudum consensum continere possunt illæ quoq; conuentiones quæ transeunt in proprium nomen contractus.
10 Quæ continent nudum cōsensum verbis fieri non perperam dicuntur.

CAP. V.

DE Contractibus inuoluntarijs, quos nostri delicta appellant, ac de obligationibus ex ijs prodeuntibus satis copiosè hactenus loquuti sumus. Quare de contractibus voluntarijs, quos diximus conuentiones appellari, deinceps nobis agendum est. Voluntarios contractus appellat Arist. qui duorum pluriumuè voluntatem, & consensum continent, vt tradita ab ipso exempla liquidò ostendunt. Et quia consensus (cùm sit quasi simul sensus, vt aduertit Accursius in l. consensu. s. tit. prox.) toties interuenit, quoties duo vel plures in eandem sententiam conueniunt, ideo rectissimè hac in re Iurisconsulti conuentionis verbum semper vsurpant. Est enim verbum conuentio ad consensum ipsum exprimendum quammaximè accomodatum, quod disertè ostendit Vlpianus in l. 1. §. conuentionis. ff. de pactis. Conuentionis verbum (inquit) generale est ad omnia pertinens, de quibus negocij contrahendi, transigendiuè causa consentiunt, qui inter se cœunt. Nam sicut conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum locum colliguntur, & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus in vnum consentiunt, hoc est in vnam sententiam decurrunt. Hac de causa videmus consensum
1 sæpe confundi cū conuentione, vt in illa ipsa l. 1. §. Adeò. Adeò autē (inquit ibi Vlpianus) conuentionis verbum generale est, vt eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem. Loquitur hîc de conuentione, postea cum hoc ipsum probat quod de conuentione dixit, non conuentionis, sed consensus vocabulum vsurpat. Nam & stipulatio (inquit) quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. Quibus verbis consensum, & conuentionem pro eodem accipi apertè demonstrat. Cum ergo cōuentionis vocabulum voluntarios omnes contractus complectatur, quibus scilicet contrahentium cōsensus inest, meritò factum est, vt Vlpianus cum generalem nobis tradidit diuisionem, quæ & pacta comprehenderet, & contractus strictius acceptos (de quibus paulò inferius dicemus) conuentionis vocabulo vsus fuerit. l. iurisgentium .ff. de pact. Nos porrò de conuentionibus, earumq; obligationibus hoc loco tractaturi multa passim cōtra communem sententiam afferemus, quorum

quorum iudicium ab iis qui hae noſtra legent, tandiu differri volumus, donec ea om-
nia capita perlegerint,quę eundem tractationis contextum habebunt. Siquidem eo or-
dine hæc nos trademus, vt quę antecedunt ab ijs quæ poſtea ſubſequentur maximè il-
luſtrari poſſint. Anteaquam verò oſtendamus, ex quibus conuentionibus obligatio-
nes oriantur, illud inprimis neceſſarium eſſe ducimus, ut conuentiones ipſas in certa
genera diſtinguamus, ac planè explicemus quibus nominibus ſingula genera appellen
tur, ne ipſorum forſan nominum confuſio ijs quę poſtea dicturi ſumus,obſcuritatē
aliquam afferre poſſit.Conuentiones omnes(ſi veram illarum ſubſtantiam intueamur)
in duas tantùm ſpecies rectiſſimè di uidemus. Quædam enim ſunt quæ rei alicuius tra-
ditione perficiuntur Aliȩ verò quæ nullius rei traditionem, ſed ſolum vtriuſque partis
conſenſum habent. Quod attinet ad illas conuentiones quæ re perficiuntur, non puto a
illas rectè pacta poſſe appellari, atque hac in re ab alijs expoſitoribus diſſentio. Frequē
tius ipſi concludunt generatim accipi pactum,ita vt de omnibus quoque contractibus
prædicetur (cum de contractibus in poſterum mentionem habebimus, ſemper contra-
ctus in ſpetie ſumptos intelligemus) Ita Accurſius in l.1. in verſ. figuris. ſup. tit.1.Bald.
in tract. de pactis, Raph. Cuma. in l. 1. §. ſi quis ita 1. tit. noſtro. Ego verò tametſi
non inficior in omnibus planè conuentionibus pacti ſubſtantiam reperiri, cum pactū
ſemper habeat duorum,plurium ve placitum,& conſenſum, ſine quo nulla conuentio,
aut obligatio conſiſtit, tamen apud antiquos iuriſconſultos obſeruari poteſt,hoc placi
tū,& hunc cōſenſum nō appellari pactū,quatenus ijs cōuentionibus includitur, quæ re
perficiuntur, idq; ita eſſe oſtendemus inferius, vbi etiā huius rei rationē afferemus. Nec
ſanè nouum hoc eſt, aut cuiquā incognitum,poſſe duo,vel plura ſubiecto ſimul conue 3
nire, diuerſis tamen nominibus nuncupari,quatenus ratione aliqua inter se differunt;
Hoc modo fructum à ſemine plerunque diſtinguimus; Videmuſq; etiā veteres ſuis illis
de natura Deorum figmentis varia Lunæ tribuiſſe nomina,neque ea tamen omnia ſem
per,aut vbiq;, ſed Latonam in cœlo,in terris Dianam,apud inferos Proſerpinam vocaſ
ſe, cum tamen vnum,& idem illius numen eſſe arbitrarentur. Quare fruſtra mihi viden-
tur mirari nonnulli, quomodo non ibi ſemper pacti nomen conueniat, vbi duorum
placitum, & conſenſus reperiatur, quaſi vero ſemper & nominis,& ſubſtantiȩ eandem
prorſus rationem eſſe neceſſe ſit. Quemadmodum verò nos negamus has conuentio-
nes, quę re perficiuntur dici poſſe pacta,ita eas ſolas affirmamus verè,& proprie contra- 4
ctus appellari,etiam ſi ab vna tantum parte obligationum contineant;nec nos moueat,
quod ex ſententia Labeonis tradit Vlp. in l. Labeo. §. contractum.ff. de verb. ſignif.eō
tractum eſſe vltrò, citròq; obligationē;nā hęc verba non modo huic ſentētiæ noſtræ nō
reclamant, ſed maximè potius ſuffragantur,vt demonſtrabimus paulò inferius,eum de
illius legis intelligentia agemus.Hoc modo verò accipi cōtractus vox ipſa facile oſtēdit,
ſeu Græci,ſeu Latini vocabuli deriuationē ſpectemus.Græci(vt nō ſemel Vlp.tradit)con 5
tractū appellāt συνάλλαγμα quod verbū tractū ē ἀπὸ τοῦ συναλλάττειν idest à permutādo.Per
mutatio autē nō ſolis verbis fieri dicitur,ſed re & facto.Nec minus etiā hoc oſtēdit latini
vocabuli deriuatio,nā cōtractus nomen a cōtrectatione eſt,quę cōtrectatio nō verbis fit
ſed ſubſit aliquid oportet,quod cōtrectetur, & hoc apertè docet nos Vlp. in l. iuriſgen-
„ tiū §. 1. verſ. ſed & ſi .ff. de pactis.Sed etſi (inquit) in alium contractū res, nō tranſeat,
„ ſubſit, tamen cauſa elegāter Ariſto Celſo reſpōdit eſſe obligationem, vt puta dedi tibi
„ rē,vt mihi aliam des,dedi vt aliquid facias καὶ συνάλλαγμα εἶναι, & hinc naſci ciuilē actio

nem

nem, & paulò poſt. Eſſe enim contractum, quod Ariſto. ait συνάλλαγμα vnde hæc naſcatur actio. Ita fit vt illis tantum conuentionibus, quæ re perficiũtur verè dicatur συνάλλαγμα ineſſe, & propterea illis ſolis vere & propriè cõtractus nomen conueniat. Vt autem in his ſingulis conuentionũ generibus videamus ſigillatim an ex ijs naſcatur obliga

6 tio; quantum ad has ipſas pertinet, quæ re perficiuntur, dubitandum non eſt quin obligatio non modo ciuilis propter legis approbationem, ſed etiam naturalis inducatur. Cum enim ab æquitate proficiſcatur naturalis obligatio.l. ſtichum §. naturalis .ff. de ſolut. negari non poteſt quin certiſſimum ſemper adſit æquitatis fundamentum quoties rei præſtatio interuenit, nam ſi rem aliquam tibi commodauero, vel apud te depoſuero, ęquiſſimũ eſt te illam reſtituere, c. ius naturale.1.diſtin. ideoq; ſola rei præſtatione ad

7 reſtituendum obligaris; quamuis enim tunc quoque conſenſus adſit, nec ſine conſenſu vlla poſſit oriri obligatio, vt diſertè ait Vlp. in.l. .1.§.penul.ff. de pact. tamen quoties rei traditione perficitur conuentio, tunc accedit potius conſenſus, potiuſque conſequi tur id quod actum eſt, quam radix ipſe, ac fundamentum obligationis dici poſſit. Præterea rectè docuit Iuſtinianus in eiuſmodi conuentionibus re contrahi obligationem §.vlt.inſti. de oblig. iuncto tit. ſequenti. Noſtri quoque interpretes, qui hac in re odo

8 rem veritatis aliquem habuerunt, dixerunt hunc eſſe conſenſum materialem, ſed non formalem, quę diſtinctio licèt falſa ſit, vt poſtea dicemus, in eo tamen rectè ſenſerunt, quod putarunt rem ipſam potius quàm conſenſum his conuentionibus formam præbare. Et hæc hactenus de primo conuentionum genere, quæ re perficiuntur. Alterum

9 eſt genus earũ quę continent nudũ conſenſum, cuiuſmodi ſunt conuentiones oẽs, quę non re perficiuntur, ſiue certo nomine careant, ſiue tranſeant in proprium nomen, quas & ipſas poſſe contractus, quamuis alia de cauſa, appellari infra oſtendemus, vt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, ſiquidem hæ quoque conuentiones quamuis nominatæ, nudum tamen conſenſum dicuntur continere, vt docet Paulus in.l.1.ff. de rer. permut. Alioquin (inquit) ſi res nondum tradita ſit ex nu- " do conſenſu conſtitui obligationem dicemus. Quod in ijs dumtaxat receptum eſt, " quæ nomen ſuum habent vt in emptionem venditione, conductione mandato. Quo- " niam verò (& hoc diligenter attendendum eſt, iuriſconſultorum enim ſententiæ maximè cõuenit, licèt primo aſpectu fortaſſe alicui abſonum videri poſſit) quoniam (inquã) pręter verba, ſeu voce, ſeu literis prolata nihil planè aliud eſt vnde ellici, exprimiq; poſſit iſte conſenſus, in quo conuentionum ſubſtantiam ponimus, iccircò hę conuentio-

10 nes omnes quę non re fiunt, ſed conſenſu, rectè dicuntur verbis celebrari. Verba enim in ijs maximè attenduntur, ac perpenduntur, quamuis non per ſe, ſed qua conſenſum exprimunt. Quocirca non pugnant hæc duo, vt hæ conuentiones dicantur verbis contractę, & tamen nõ tàm verbis perficiantur, quàm cõſenſu, ad quẽ vnũ exprimendũ cũ uerba adhibeãtur potiorẽ eũ eſſe neceſſe eſt. Propterea Paulus in.l. ſi ſtipuler.§.ult.1.eo. Si in locãdo (inquit) cõducẽdo uẽdendo emẽdo ad interrogationẽ quis nõ reſpõderit " ſi tamẽ conſentiãt in id quod reſpõſum eſt, ualet quod actũ eſt, quia ſi contractus nõ tã " uerbis quã cõſenſu cõfirmantur. De huius reſponſi intelligẽtia infra plenius agemus, nũc aũt ſatis erit illud adnotaſſe potiorẽ quidẽ conſenſum in his cõuentionibus eſſe, ſed nõ uerbis illas celebrari, ut dictiones illę tã, & q̃ ſatis apertè demõſtrant. Ita fit ut omnes conuentiones, quæ perficiuntur conſenſu, rectè ad illas redigi poſſint, quæ uerbis fiunt, quamuis in ſtipulatione maior quædã ſubſit ratio, cur illa potius uerbis dicatur

contractæ, quàm cœteræ quę verborum solemnitate carent. Quare si conuentiones ipsas quantum ad primam, simpliciоremq; earum naturam cõsideremus, rectè poterimus 11
hac sola distinctione omnes complecti, vt dicamus alias re, alias verò verbis contrahi. Nam sicut depositum, commodatum, alięque similes conuentiones, in quibus necessariò res interuenit re contrahi dicuntur, ita quę consensu fiunt, ac verborum solent egere adminiculo (nisi quid fortasse interueniat, vt postea dicemus, quod verborum uice fungatur) rectè dici possunt uerbis contractæ; nam neque auditur, neque etiam cernitur consensus, uerba autem sensibus magis peruia sunt. Ac ne quispiã nos tantum hæc coniectari putet, habemus hac in re authorem Vlp. in. l. 1. de pact. in. §. adeò. 12
« Adeò autem conuentionis uerbum generale est, ut eleganter dicat Pædius nullum esse
« contractum nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem siue re, siue uerbis fiat. Minimè uerò dubitandum est, quin hac distinctione omnes planè conuentiones Vlp. complecti uoluerit, licet postea solius stipulationis exemplum afferat, tùm quia de ea magis dubitari poterat, tùm etiam quia potiori quadam ratione uerbis contracta dicitur. Verùm si secundo illo distinctionis capite stipulationem solam plexus esset, ineptissimo loquendi modo fuisset usus, neque rectè id quod sibi propositum erat, demonstrasset. At (dices) esto conuentiones, quę consensu fiunt posse dici uerbis contractas, cur verò non saltem eam conuentionẽ, quæ literis fit, seorsum expressit? Vt omittam id quod uerè dici posset, literis quoque exprimi uerba. l. solent §. ult. cum simil. ff. de præscrip. uerb. respondeo id fuisse in causa, quia literæ non ullam conuentionis diuersam speciem constituunt; literarũ enim obligatio nihil aliud est quam 13
mutuum præsumptum, cum in re obscura & incerta sic constitui necesse fuerit, vt post biennium syngraphæ crederetur pecuniæ numerationem attestanti, ita vt eius fides ne testibus quidem vllis infringi posset. Et hac ratione videmus literarum obligationis nullam apud iurisconsultos esse mentionem, ac ne quidem in l. 1. s. tit. prox. vbi Caius cœteras obligationis species ennumerat. Quamuis Iustinianus ut magis distinctã terminorũ 14
cognitionem nobis traderet, pleniorem attulerit distinctionem, quæ tamen (vt dictum est) inspecta prima, simpliciorique conuentionum natura parum fuerat necessaria. Vt verò de harum quoque conuentionum nomine (vt & de superioribus fecimus) antea breuiter agamus, nostra hæc sententia est, vt quemadmodum diximus superiores illas, quæ re perficiuntur, non pacta, sed maximè propriè contractus appellari, sic putemus 15
istas, quę continent nudum consensum, ac uerbis fieri dicuntur, siue ad agendum efficaces sint, siue minus, verè & propriè pacta dici posse. Itaque non tantum ab ijs dissentimus, qui volunt dari pactum in genere, quod de omnibus planè conuentionibus prædicetur, vt frequentius receptum est, sed etiam illis aduersamur, qui 16
contra hanc receptiorem sententiam defendere conantur, pactum non nisi in spetie reperiri, & referri tantummodo ad illa pacta quę non transeunt in speciale nomen contractus; cuius opinionis author fuit Franc. Duare. in. l. 1. nu. 24. & 25. 17
ff. de pactis, eamque fusius prosequitur libro. 2. disput. anniuers. cap. 8. Quo in loco ab obiectis Eguinarij Baronis illam defendere conatur. Duarenum sequutus est Iacob. Cuiacius in illa ipsa l. prima. Nos hanc (vt diximus) opinionem falsam putamus. Nam licet fateamur pacti nomen non tam latè patere, quemadmodum doctores frequentius existimant, cum ad conuentiones, quę re perficiuntur non rectè illud referri statuamus, tamen secundi generis conuentiones planè 18
omnes,

omnes, quæ verbis, & consensu fiunt rectè pacta generali vocabulo dici posse affirmamus, etiam si in proprium nomen contractus transeant, vt emptio, venditio, societas, & aliæ cuiuscemodi, quæ non tantum ad excipiendum, sed etiam ad agendum efficaces sunt. Quod ipsum haud obscure indicat Scæuola in .l. stichus §. idem quæsiit .ff. de condict. indeb. Idem quæsiit (inquit) an pactum quod in pactionibus describi solet in « hunc modum, ex hoc contractu nullam inrer se controuersiam amplius esse, impe- « diat repetionem, &c. Cum de pactionibus ibi sceuola loquatur, atq; in exemplo proponendo eaq; quasi formula tradenda contractus vocabulum usurpet, apertè in hoc ostendit, pactionum appellatione contraetus quoque contineri. Nec dicatur ibi eum
19 de paetionibus, nos uerò de pactis loqui, nam uix est ut inter pactum, & pactionem ulla differentia reperiri possit. Si enim aliquid differrēt inter se pactum, & pactio, damnādi proculdubio essent nostri Compilatores, qui cum titulum de pactis inscripsissent postea in .l. 1. illius tituli non pacti, sed pactionis, sicque diuersi alicuius termini definitionem attulissent. At uel si admittamus illam differentiam, quam nonnulli tradunt inter pactum, & pactionem, ut eum aliqui paciscuntur, actus ille pactio sit, pactum uerò dicatur quod ex illo act u paciscendi conflatur, atque perficitur, non tamen hoc obiectum quicquàm obstabit. Nam (utcunque res sese habeat) negari hoc certè non potest, ubi pacti, ibi etiam paetionis nomen conuenire, cum hęc duo semper sese mutuo consequantur. Quo fit, ut sicut pactionis, ita etiam pacti appellatione contraetus contineantur. Videmus societatē sæpe appellari paetū, vt in .l. Duo societatem. ff. pro socio & in alijs similibus legibus, inquibus de pacto conuento societatis mentio habetur. Stipulationi quoque qui inest consensus pactum rectè dicitur arg. l. an inutulis .ff. de accept. De emptione & venditione idem ostendit Vlp. in .l. vnus. §. pactus ne peteret ff. de pact. vbi si post factum pactum de non petendo ex causa emptionis rursus conueniatur, vt peti possit, prodesse ait secundum pactum ad nouam emptionem, verèque emptionem esse, vnde ostendit pacti nomen emptioni conuenire cum illud, idem quod appellat pactum emptionem esse dicat. Ac ne forte secus hęc accipiantur atq; à nobis tradita sunt, aduertēdum est nos id quidem contendere, posse pactum in genere accipi illasq; omnes conuentiones complecti, quę verbis seu consensu perficiuntur, sed tamen
20 non negare quin speciatim accipi possit, vt illis tantum pactis conueniat, quæ non transeunt in proprium nomen cōtractus, vulgòq; à nostris pacta nuda appellantur; maximè enim consentaneum est, vt ijs quæ peculiare nomen non habent generis nomen frequentius accommodetur. Itaq; fatemur ita accipi pactum in edicto prætoris vt in tit. illo de pactis iurisconsulti passim interpretantur. Ac maxima certè cum ratione factum est, vt cum Prætor seorsum edicta proposuisset de varijs conuentionibus, quæ transeunt in proprium nomen contractus, in hoc edicto de pactis generatim ediceret de illis conuentionibus, quæ proprium nomen non habent; Idq, ibi prætorem fecisse, ex eo primū
21 demonstratur, quia ex pactis non promittit se actionem daturum, vt cum de contractibus edicta proponit, sed tantū pollicetur se pacta seruaturum, quod iurisconsulti interpretantur non iure actionis, sed ope exceptionis, vt in .l. rescriptum §. si pacto, & §. vlti. in. l. si cum emptore. in princ. & in fin. in .l. fi. tibi § siquis paciscatur .l. acquirent. l. hęredi §. 1. 2. 3. & vlt. cum tribus legibus. seq. l. si vnus. §. si cum reo, &. §. sed si stipulatio vsq; ad finem legis l. quod dictum. Et deniq; toto fermè illo tit. de pact. ita illud edictum interpretantur iurisconsi. vt in eo Prætor non iure act. sed ope excep. tantum se

pacta seruaturum polliceatur. Quod cũ ita sit, necesse est eum cum de pactis loquutus est, de ijs tantum conuentionibus intellexisse, quæ proprium nomen non habent, nam quæ transeunt in proprium nomen contractus, eas non tantum exceptionẽ, sed etiam actionem producere perspicuum est. Possunt præterea pro hac opinione perpendi verba Vlpiani in d. l. iurisgentium. multis in locis. Initio illius legis tradit ipse generalem distinctionem conuentionum, vt ostendat ex quibus oriantur actiones, & ex quibus contra non oriantur, ac generali nomine conuentiones appellat, cum verò ad eas venit, quæ non pariunt actionem, tunc demum incipit pacti vocabulum vsurpare, aitque ex pacto actionem non oriri, vt in §. vt puta, & in §. quinimò; sicque cum ex conuentione actionem oriri non inficietur, sed tantum ex pacto, in hoc apertè demonstrat se pactum non generatim accipere, sed spetiatim pro ea conuentione, quæ actionem non parit, ac propriũ contractus nomen non habet. Quod & tertiò ex eo maximè confirmatur, quia inferius in §. pactorum. diuisionem pactorum tradit eiusmodi, quę non 22
contractus complectitur, vt diuisio conuentionum, sed tantum ea pacta, quę actionem non producunt, ac præcipuum nomen non habent. Nec multò post in §. quod ferè eodem modo accipit pactionem quo pactum acceperat, pactionemque ipsam à stipulatione seiungit; Ait enim illa verba, rogauit Tytius, spopondit Mæuius non tantum pactionis loco accipi, sed etiam stipulationis; sicque accipit pactionem in spetie, licet eodem etiam contextu pactiones generatim accipiat. Nos itaque fatebimur & pactum, & pactionem spetiatim accipi, dummodo id nobis concedatur, posse ipsum pactum pactionemque generaliter sumi, quicquid contra Duarenus, & Cuiatius comminiscantur. At hìc non immeritò quis dubitabit, cur si concedimus pactum in genere summi, non etiam concedamus posse pactum ad eas quoque conuentiones referri, quæ re perficiuntur, sed ijs solis hoc nomen tribuamus, quæ verbis fiunt, nudumque consensum continent. Quamuis ad hoc responsio illa satis esse posset, vt diceremus apud iurisconsultos hunc loquendi vsum inualuisse, vt conuentiones quæ re perficiuntur, pacta nunquàm appellarent, quæ verò verbis, & consensu fiunt, quam sæpissimè, tamen huiusce rei ratio etiam aliqua ex ipsa voce desumi potest; Videtur enim hæc vox pactum 23
(quantum ex latinis, probatisque authoribus conijcio) eam habere vim, vt referatur ad ea quæ nostra egent expressione, siue voce, siue scriptura exprimantur, non ad ea quæ re ipsa contrahuntur. Etenim pactum deriuatur à pango, vt frequentius grammatici cõcludunt (licet Quintilianus dicat à pago uerbo antiquo) Pangere autem (ut ait Festus) est quasi fingendo aliquid exprimere, unde dicit fluxisse modum illum loquendi, ut uersus pangi, seu figi cera dicatur. Sic enim Cicero scribens ad Tironem, An pangis (inquit) aliquid sophodeum fac opus appareat. Et Probus Valerius Aut uersum (inquit) pangis aut orationẽ solutam struis; sicque etiam Horatius.

" Nec cũ uenari uolet ille poemata pãgas. Itaque quoties partes ita cõueniunt, ut oratione aliquid pãgant, tunc rectius pacti nomẽ conuenire uidetur, quàm cũ cõuentio re ipsa perficitur, nihil enim tunc pangi oratione necesse est, ex quo cõuentio pendeat, sed sola ipsa rei traditio sine ulla alia pactione apertissimã prę se fert æquitatis spetiem. Vlpianus in l. 1. ff. de pact. dicit pacem à pactione appellatam, id ego propter hanc ipsam, 24
quam proximè adduximus, rationem ab eo fuisse dictum interpretor, quia pangere unde pactum, & pactio deducitur, est uerbis, & oratione aliquid exprimere, iuxta illud quod lege xij. tab. scriptum erat, rem vbi pangunt oratione pangunt, &c. antiqui

verò

verò pacem verbis pangebant, vt testis est Liui. lib. 4. bel. pun. & alibi persæpe. Quod si hac voce pactum seu pactio significaretur conuentio quæ rei traditione perficitur, certè inde pacis vocabulum nō rectè eo inspecto deduceretur. Non longe ab hac sententia videtur Hostiensis abesse insumma tit. de pact. in princ. dum in pacti definitione illud omnino exigit, vt consensus sit verbis expressus. Decius quoq; in rub. C. de pact. nescio quid simile sensisse videtur, nam ibi ex hoc ipso tradit differentiam inter pactum, & pollicitationem, vt dicat posse quidē vtrobique acceptantis consensum adesse, sed hunc cōsensum in pacto verbis expressum esse debere. Qua in re licet non rectè à pollicitatione pactum distinxerit, vt demonstrabimus postea cum de pollicitatione agemus, in eo tamen non prorsus male sentit, quod in pacto uerborum expressionem requirit. Etenim pactum verbis fit (ut diximus) siue uoce, siue scriptura prolatis, vnde etiam Cicero in Partit. rectè scripti exemplum ponit in tabulis, pactis conuentis, & stipulationibus. At erunt, sat scio, qui huic nostræ sententiæ tacita pacta illicò obijciant; Illa enim neque uerba vlla, neque scripturam desiderant, sed tacito consensu in-
25 ducuntur; Veluti cum debitori meo restituo cautionem, tunc enim uideor tacitè paciscì, id me non petiturū, quod mihi ab eo debebatur l. labeo. ff. de pactis. Item si in futurum petam usuras, videor tacitè pacisci ne sortem intra illud tēpus petere possim l. qui in futurum eod. illo tit. de pact. Ac deniq; si post uenditam à te hęreditatem, ego eius emptorem conueniam, eo ipso uideor quasi fidem præstare, ne te ipsum conueniam qui uendidisti l. 2. C. de pact. Qua de causa uidemus etiā mutum sine ulla scriptura paciscì posse l. item quia. illo ipso tit. de pact. Animaduertendum in primis est hoc obiectū non tam contra nos, quā contra Vlpianū ipsum afferri; Is enim in l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. dum dicit conuentiones omnes aut re fieri, aut verbis, hæc tacita pa
26 cta, quæ re non perfici clarum est, verbis fieri statuit. Vt ergo nostram, & Vlpiani simul sententiam defendamus, sciendum est nos cum dicimus conuentionem aliquam contrahi vel re, vel verbis, illud tantūmodo spectare, quonā potissimum quasi fundamēto conuentio innitatur, & quid nā ipsius conuentionis substantiā maximè perficiat, nam neq; semper re perficitur conuentio, vbi res interuenit, neq; semper verbis, vbi verba adhibentur. Etenim si loquamur de illa conuentione, quæ re fit, possunt & in ipsa adhiberi verba, quę consensus modum exprimant; At ille consensus non est qui obligationem inducat; Siquidem is potius inseruit, quam dominatur, ac tradendæ rei factum illud cō sequitur, quod (vt diximus) totius æquitatis obligationisq; fundamentum est. Quocunque enim modo constet me rē aliquā apud te deposuisse, ex hoc solo obligaris mihi ad restituendum, neq; inspicitur verba nè interuenerint, & an restitutioni cōsenseris, nam restitutioni eum semper consentire necesse est, qui rem depositam, vel commodatam receperit. Iam verò sicut in conuentionibus, quæ re fiunt, adhibentur sæpe verba quę tamen ad perficiendam conuentionem principaliter non attenduntur, sic contra conuentiones, quæ verbis fiunt, possunt & facta & rerum aliquarum traditiones continere
27 Verum hæc facta, atque harum rerum traditiones non per se considerantur, nec per se conuentiones istas perficiunt, sed quatenus verborum vice funguntur, quod diligenter animaduertendum est. Exemplis autem clarior tota hęc res fiet. Satis constat his verbis, promitto nō petere, fieri pactum de non petendo. At Paulus in. l. labeo. ff. de pact. dicit pactum de non petendo tunc quoque induci, cum cautio redditur. Ego cur ex cautionis restitutione inducatur pactum non illā censeo causam esse, quia factū hoc re

stituendæ

stituendę cautionis ad conuentionē perficiendam per se satis sit, sed quia lex interpretatur, vt qui cautionem restituit, velit promittere si non petiturum. Quod se non hoc facto eiusmodi verba quasi includerentur, neminem puto solidum hominem, atque intelligentem fore, qui non apertè perspiceret restitutionem cautionis per se ad perficiendam cautionem non modo momenti non satis habere, sed ne quidem vlla ex parte pertinere. Idem & in alijs spetiebus obseruabimus, videbimusque semper facta illa quę tacitam inducunt conuentionem verborum vice fungi, ac quasi notas conceptuum interpretationem semper in se aliquam includere. At hoc minimè affirmari potest, quoties re conuentio perficitur; Nam si gratia exempli, rem aliquam tibi commodauero, vel apud te illam deposuero, hoc ipsum factū ęquitatis tantū habet, vt per se, ac sine vlla prorsus interpretatione, vllauè inde sumpta animi coniectura, ad restituendum valeat te obligare. Itaq; concludamus taltē quoad interpretationem etiam in tacitis pactis verba quodammodo interuenire. Est etiam interdum cum legis ministerio verba suppleā 28
tur, velut cum mutus paciscitur, & sic interpretatur Paulus in l. vbi non voce .ff. de reg. « iur. Vbi non voce (inquit) sed præsentia opus est, mutus si intellectum habet, potest « videri respondisse, Idem in surdo, hic quidem & respondere potest. Sic duo habemus conuentionum genera, quorum vni contractus alteri verò pacti nomen maximè propriè tribuimus.

ARGVM.

VErè nè, ac propriè illi contractus dicendi sint, qui re quidem perficiuntur, sed ab vna tantum parte obligationem pariunt, vt depositum, mutuum, & alij similes. Tum quomodo contractus nomen rectè ijs conuentionibus tribui possit, quibus cōtrectatio, siue, vt Gręci dicunt, συνάλλαγμα nō inest, quāuis vltro citroq; obligationem contineāt. Hæc vero a b illius definitionis explicatione pendere, quam ex Labeonis sententia tradit Vlp. in l. labeo .§. contractum .ff. de verb. signific.

1 Ex cōuentionibus quæ re non fiunt, non nisi iure præcipuo oritur ciui. obligatio.
2 Duplicem difficultatem continet definitio contractus a Labeone tradita.
3 Tria tempora in reciprocis conuentionibus consideranda.
4 Variæ expositiones ad l. Labeo .§. contractus .ff. de verb. signif.
5 Frequentius receptum, non esse proprie contractus, qui ab vna tantum parte inducant obligationem.
6 Tutela an comprehendatur in definitione contractus.
7 Potest sumi obligatio pro actu obligandi.
8 Hyer. Tornielli opinio.
9 Quomodo Labeo in definitione contractus obligationem accipiat.
10 Vna determinatio respiciens plura determinabilia debet ea æqualiter determinare.
11 Verba illa vltro citroque vtrum ad prædicatum an ad subiectum sint referenda.
12 Franc. Conn. in hac difficultate perplexus multa dicit veritati parum consentanea.
13 Satisne sit conuentionem spectare futurā traditionem, vt dicatur συνάλλαγμα cōtinere.
14 In contractibus qui solo cōsensu fiunt sitnè aliquid etiam ante traditionē quod traditionis vice fungatur.
15 Noua explicatio l. Labeo .§. contractum .ff. de verb. signif.
16 Aequiuocatio Doctorum.
17 Quæ media sunt ex suis extremis declarantur.
18 Obligatio non gesta, neque acta, sed verè dicitur contracta.
19 Verbum contrahere, quàm variè accipiatur.
20 Verbum contractus latius productum.
21 Sola permutatio antiquitus cognita.

22 Alia

22 Alia etiam de causa in proposita difficultate à Doctoribus dissentiendum.
23 Emptio,& venditio nõ vnus,sed duo contractus sunt.
24 Sunt relatiua inter se distincta,licet vnum sine altero non consistat.
25 Iurisconsulti interdum vocabula causis,& effectibus cõuenientia promiscue vsurpant.
26 Non æque latam significationem habent contractus, & contrahere.
27 Aliæ significationes huius dictionis contractus.
28 Depositum,commodatum,& mutuum maximè propriè contractus.
29 Cur non distinctè exprimi soleant factum stipulandi & factum spondendi, quemadmodum,emendi; & vendendi.
30 Paradoxicæ conclusiones quæ ex prędictis colliguntur.
31 Inter proprium,& improprium datur medium quod est minus proprium.
32 Dos dicitur à dando,licet etiam ante dationem dos appelletur.
33 Permutatio interdum dicitur etiam ante rei interuentum.
34 Stipulatio an sit propriè contractus.

CAP. VI.

AT hic dubitari potest, nunquid conuentiones illæ quæ verbis fiunt, & continẽt nudum consensum, quas diximus verè pacta appellari,contractus rectè dici possint. Videtur certè hoc valde dubium, possuntq; ab vtraq; parte satis coloratæ rationes afferri. Pro parte negatiua faciunt quæ supra diximus dum latinę, græcæq; vocis uim ac deriuationem perpendimus cum enim dicatur συνάλλαγμα ἀπὸ τοῦ συναλλάττειν quod est permutare, contractus verò à contrectatione, atq; in permutatione, contrectationeq; rem & factum interuenire necesse sit, vt aperte indicat Vlp. in l. iurisgentium. §. sed etsi. ff. de pact. nimis durum videtur conuentiones quoq; illas,quę nullum factum continent nullam rei traditionem,nullamuè permutationem seu contrectationem,rectè contractus appellari. Facit præterea pro hac parte, quia vbi contractus adest, ibi non præcipuo, sed communi iure oritur obligatio d. §.
1 sed etsi. At de emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, alijsq; conuentionibus, quę consensu perficiuntur hoc affirmari non potest; Imo enim pręcipuo iure in illis receptum est, ex nudo consensu obligationem oriri, vt diserte tradit Paul. in l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permutat. Qua ex re probari posse videtur eiusmodi conuentiones licet ad agendum efficaces sint,tamen verè contractus dici non posse. At pro contraria sententia illud sanè maximè vrget,quod has ipsas quoq; conuentiones, quæ consensu fiunt iurisconsulti passim contractus appellant, & pręsertim Vlp. in l. iurisgentium in princ. ff. de pact. ibiq; ait illas transire in proprium nomen contractus,atq; eodẽ contextu,quo commodatum,ac depositum,emptionem quoque,venditionem, locationem, conductionem,ac societatem inter contractus recenset. Quin verò (quod cuippiam non immerito mirum videatur) idem Vlp. ex sententia labeonis in l. labeo. §. contractum. ff. de verb. signif. eam tradit contractus definitionem, quæ non modo has conuentiones non excludit,quæ solo consensu fiunt, sed solis ipsis neque vllis pręterea alijs accommodari posse videtur, potiusq; depositum, & commodatum excludit,atq; alias id genus conuentiones, quæ re perficiuntur, & quas propriè contractus debere dici supra conclusimus. Nam posteaquam declarauit quomodo Labeo actum acciperet,ita subijcit; Contractum autem vltrò citroque obligationẽ, "
quod græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem,vẽditionem, locationẽ,conductionẽ "

societatem

ſocietatem, mandatum. Atqui certè hæc verba Vlp. non eam tantum habent difficultatem, quam & cæteri interpretes animaduertunt, qua ratione ſcilicet ibi à contra 2
ctus definitione excludantur depoſitũ, commodatum, aliæq; eiuſmodi conuentiones re celebratæ, quę ab vna tantũ parte continent obligationem, ſed præter hanc difficultatem videtur mihi hoc reſponſum aliam habere, longèq; maiorem. Eſt enim operę pretium animaduertere, quomodo Labeo & Vlpianus conuentiones ibi connumeratas accipiant, cum ad contractus definitionem explicandam ex ijs exempla deſumunt. Poſſunt illæ tribus tantum modis ſumi, ſeu tribus temporibus conſiderari.
Primò anteaquam ab alterutra parte implementum interuenerit; ſecundò quando alter 3
tantum impleuit, ſed non vterque; Tertiò quando ab vtraq; parte conuentio adimpleta fuit. Si primum tempus ſpectemus, quando ſcilicet neuter adhuc quod promiſerat impleuit, quominus tunc verè contractus dici poſſint, obſtat quod modò diximus quia non adeſt. συνάλλαγμα cũ nulla cõmutatio, nullaq; traditio, ſeu cõtrectatio interuenerit. Nec dicas loquendi vſum apud ipſos etiam iuriſconſultos obtinuiſſe, vt quæcunq; conuentio ex qua contrahitur obligatio contractus dicatur, licet συνάλλαγμα non contineat. §. vlt. inſtit. de oblig. Nam fateor quidem hoc verum eſſe, cum verè hęc vox cõtractus à ſtrictiori ad latiorẽ ſignificationẽ producta ſit, ſed tamen videtur Vlp. cum hanc tradidit definitionem, non latam illam, ſed ſtrictam contractus ſignificationem ſpectaſſe. Siquidem ab ea definitione depoſitum, mutuum, commodatum excludere videtur, tametſi illis contrahi obligationem perſpicuum eſt. Quod ſi tempus illud conſideremus, quando vterq; iam id quod promiſerat impleuit; Veluti ſi in emptione emptor pretiũ, ac venditor pariter rẽ venditã perſoluerit, tũ diſtractus ille potius quã cõtractus dicendus erit, peręptaq; erit hinc inde obligatio, quã tamẽ hinc inde extare Vlp. requirit. Si denique ponamus non vtrunq;, ſed vnũ tantũ impleuiſſe, tunc clarũ eſt vnum tantũ obligatũ eſſe, quia ſi pretiũ ego ſolui, tu tantũ mihi teneris, nõ ego tibi, quare cũ vltrò, citròque obligatio non adſit, neque etiam hoc caſu verba definitionis conuenirent. Itaq; mirum eſt, quomodo ibi definitio contractus ad conuentiones reciprocas accommodetur, imò verò non tantùm accõmodetur, ſed planè reſtringatur; cum imò illis ipſis verba definitionis nullo modo aptari poſſe videantur. Cum à vera expoſitione huius. §. tota huiuſce nodi pẽdeat explicatio, videamus primũ quo pacto ab alijs exponatur, deinde quam nos veram ipſius intelligentiam eſſe exiſtimemus. Frequentius
noſtri interpretes ita hæc verba interpretantur, vt ideò dicat Vlp. contractum eſſe vltrò 4
citroque obligationem, quia vt contractus ſit, debet hinc inde obligationem parere; ita exponunt Accurſius, Bartolus & vterque Imolenſis in l. 5. in princ. infra eo. quos ſequitur Alciatus in illa ipſa l. labeo. §. contractum, necnon & Franc. Conan. lib. 5. cap. 1. num. 4. Verumtamen qui probant hanc expoſitionem non prorſus ſimul quo ad omnia conueniunt. Nam plerique ex hac definitione inferunt conuentiones, quæ ab vna tantùm parte obligationem pariunt, impropriè contractus eſſe, vt Accurſius, & poſt eũ Alciatus in d. §. contractum Bart. in l. ſi donationis C. quod me. cau. Corraſius hìc & in l. frater à fratre. ff. de condict. indeb. Io. Imol. in d. l. 5. i. eo. Et hæc eſt ma
gis communis opinio, vt & Mar. ſoci. iunior hìc animaduertit, ſequutique etiam ſunt eã 5
recentiores aliquot, vt Iacobus Cuiatius in l. iuriſgentium. in princ. ff. de pact. & Io. Brachæus in d. §. contractum. Alij verò fatentur quidem voluiſſe Labeonem illum tantùm contractum definire, qui contineat vltrò citròque obligationem, ſed dicunt eum ſpe-

ctaſſe

ctasse strictissimam quandam significationem, quod certè non sine maxima ratione dicunt, cum videant ibidem etiam strictam quandam ac subtilem statui differentiam inter actum, gestum, & contractum, quæ tamē differentia alibi persępe confunditur, Iccircò negant, posse inde inferri contractum impropriè esse, qui ab vna tantùm parte obligationem inducat. Ita concludunt hic Baldus nouellus, Galiaula, Socin. Iun. Iacob. Mand. ac plerique alij dum eam disputant quæstionem, Vtrum stipulatio sit propriè contractus, sed quantum ad eorum verborum intelligentiam conueniunt hi prosus cum illis primis quorum opinionem diximus frequentius probari, Labeonis enim verba circa contractus definitionem eodem planè modo interpretantur, nempè vt iccircò dicat Lab. contractum esse vltrò citròque obligationem, quod sentiat non posse dici contractum, nisi oriatur ab vtraque parte obligatio quemadmodum oritur in conuentionibus correspectiuis, quarum ibi Vlpianus exempla tradit. Quare vna eademque illorum omnium expositio est. Nos hanc primam expositionem planè reijciendam putamus. Primò propter argumentum, quod paulò ante adduximus, ac iudicio meo fortissimum est. Nam cum tria tempora in reciprocis, seu correspectiuis conuentionibus considerari possint, exijs omnibus nullum planè est, quo possit contractus deffinitio illis accommodari, vt antea demonstrauimus. Præterea si intelligeret Lab. eum verè, & propriè contractum esse, qui pareret vltrò citròque obligationem, sequeretur tutelam esse proprium contractum item, & negotiorum gestio-
6 nem, cum ex his causis oriatur ab vtraque parte obligatio. Hoc tamen falsum esse com pertissimum est, cum & in tutela, & in negotiorum gestione nemo ignoret obligatio nem oriri, non ex contractu, sed ex quasi contractu. inst. de oblig. quæ ex.q.contractu in princ. & §. Tutores. Postremò huic expositioni aduersatur & illud, quod cum ibi dicatur contractum esse vltrò citròque obligationem, nimis certè durum esset exponere illa verba esse obligationē hoc est parare, obligationem. Quod ipsum licet ipsi quoque interpretes nimis alienum atque extortum esse, non negarent, tamen necessario recipiendum duxerunt, nè alioquin cogerentur fateri contractum ibi ab effectu definiri, quod multo magis absurdum iudicarunt. Aliam expositionem tradit Eguinarius Baro inst. de oblig. in princ. existimat enim ipse in hoc §. contractum, uerbum ob
7 ligationem, non iurisuinculum significare, sed illud factum obligandi, quod est causa obligationis. Itaque sensum illorum uerborum hunc esse putat, tunc scilicet posse dici contractum cum iurisuinculum ex reciproco oritur facto, ita vt obligatio hoc est (vt ipse interpretatur) actus obligandi ab vtraq; parte interueniat. Probabilis primo aspectu videtur hęc expositio, quandoquidem ipsi non obstant illa tria obiecta, quæ contra communem expositionem afferebantur. Nam quod primò dubitabatur quonam tempore emptioni, alijsq; conuentionibus ibi connumeratis possit hæc definitio conuenire nullam hic dubitationem afferre potest, planissimū enim est emptioni alijsq; similibus contractibus uerba huius definitionis tunc conuenire, cum ab una tantum parte interuenit implementum, neque enim dubitandum est, quin tunc quoq, ab vtraque parte obligandi actus interueniat. Nam si pretium persolui ego, tu illud recepisti, iam videmus factū illud cōtrahendę obligationis, quod Lab. obligationē vocat. vtrinq; intercedere quāuis nō rectè possis dicere vtrinq; adesse obligationē, si pro iurisuinculo eam accipias. Hoc modo depositū, & cōmodatum in hac contractus definitione con tinebuntur, alijq; similes contractus, qui quāuis ab vna tm̄ parte iurisuinculū pariāt, ta-

men obligandi actum utrinque continent cum semper quod ab uno traditur ab aliò recipiatur. Hinc etiam cessabit secundum obiectum, nam si eo quo diximus modo sumatur hæc diffinitio, non rectè ex ea poterit inferi tutelam, & negotiorum gestionem propriè contractus esse neque enim in ijs vltrò citroq; adest obligandi actus, quãuis ab vtraque parte iuris vinculum oriatur. Postremò non erit necesse, vt vllius absurdi euitandi gratia ad illam tàm extortam expositionem confugiamus vt exponamus esse obligationem hoc est parere obligationem, sed uerba definitionis, in sua vera propria significatione sumi poterunt. Hanc expositionem alij nonnulli recentiores quamuis diuersis verbis sequuti sunt Loduic. charondas lib. 2. uerisimilium cap. 7. Franc. Hotoma. de uerbis iuris in ver. contractus. Atq; idem propè videtur hic sentire Hierony. Torn. 8
dum ait Lab. in hac definitione terminum illum obligationem accipisse non pro ea tãtum parte contractus, quæ iuris est hoc est pro ipsa obligatione, quę est iuris uinculum & ex contractu proficiscitur, sed etiam pro ea parte contractus, quæ est facti iuxta § itẽ uerborum inst. de inutil. stipulat. & l. 4. C. de inutil. stipulat. sicque obligationem appellasse actum obligandi, qui est causa obligationis, & in quo utriusque factum interuenit. Plures sunt causę cur nos minimè hanc expositionem probandam existimemus.
Primò enim nobis ad hoc quærimus responderi an nè obligationem istam hoc est, 9
actum istum obligandi tunc quoque interuenisse concedant cum simplicibus uerbis aliquid promissum est, quod si affirmabunt, sequetur nudum etiam pactum in hac contractus definitione contineri præsertim quando efficacem obligationem parit vt in. l. legitima. ff. de pactis, quod ipsum tamen uerè à sententia lab. alienissimum est, idque ex eo facilè licet intelligere, quod stipulationem quia non re sed uerbis fit non ad contractum refert sed ad actum quamuis in stipulatione obligandi actus utrinq; hoc est stipulatio, ac respõsio interueniant. Si uerò negabunt posse simplicibus uerbis absq; traditione contractum induci sequetur emptionem uenditionem, aliosque contractus ibi connumeratos non posse dici contractus anteaq̃ ab una saltem parte implcantur, quod tamen ne ipsi quidem concedunt. Pręterea cum nunquàm (quod ipse viderim) aut certè perrarò in tali significatione obligatio accipiatur, non est quod in dubiis à vera, & propria huius vocis significatione recedamus ar. l. Non aliter. ff. de leg. 3. Huc 10
accedat, quod cum hæc verba vltrò citroque æquę ac pariter ad obligationem referantur, perspicuè ex hoc demonstratur eodem modo, & vltrò, & citrò obligationem interuenire. ar. l. Iam hoc iure. ff. de vulg. & pupil. l. quamuis. C. de impub. & alijs substit. At in deposito, & similibus non eodem modo ab vtraque parte obligandi actus interuenit, sed actiue ab vna parte, ab altera passiuè cum ex contrahentibus obliget vnus, alter verò obligetur, verisimilius ergo est intellexisse Labo. vltrò citròq; talem obligationẽ adesse, quæ vtrunque arctet, & adstringat, ac rectè ostendũt exempla ibi allata. Neque enim temere factum fuisse existimandum est, vt ibi Vlp. earum tantum conuentionum attulerit exempla, quæ reciprocæ sunt, siue (vt nostri dicunt) correspectiuæ, & ab vtraque parte obligationem pariunt. Alia nonnulla, hac in re tradit. Torniellus, quæ an vera sint ex jis apparebit, quæ infra dicturi sumus. Ab hac secunda intelligentia, non multum disimilis est nonnullorum expositio, qui verba Labeonis in hac definitione ita accipiunt, vt ipse non senserit contractum esse ultrò citròq; obligationem, ita ut in cõtractu adsit ultrò citroq; obligatio. Sed contractum qui fit ultrò 11
citròq; obligationem esse uoluerit, obligationem porrò ipsi sumant pro actu oblegãdi.

Nec

Nec quicquàm referre dicunt, iste nè obligandi actus contineat rei traditionem, an verò in sola verborum expressione consistat, vt videmus in stipulatione, quæ reciprocum quidem, sed verbalem tantùm (vt ita dicam) obligandi actum continet; actum scilicet interrogationis & responsionis. At si hoc verũ esset. cũ actu contractũ ibi planè cõfunderetur; Nã quorsum cum de actu loquitur afferret Vlp. exẽpla stipulationis, ac numerationis, cũ verò de contractu loquitur emptionis, cõductionis, societatis exempla seorsum proponeret, si hæc eadẽ exempla promiscuè & actui, & contractui conuenirent? Huc accedat quod cũ actũ definiunt labeo & vlp. atq; item gestum, hos terminos simpliciter ac sine ulla adiectione assumunt, quare cur nõ & contractum simpliciter definirent, sed tñ contractum qui vltro citroq; fit. Puto igitur hæc verba vltrò citroq; non ad subiectũ sed ad prędicatũ hoc est nõ ad definitũ sed ad definitionẽ ipsam esse referrendum tanto magis quia parũ certè acuratè hęc definitio tradita esset, si pręter verbũ illud obligation.
12 nihil planè aliud contineret. Franc. Conan. vir sanè præstanti alioquin ingenio præditus ualde hac in re titubauit. Sentit ipse lib. v. commen. iur. ciu. cap. 1. nu 4. contractum esse mutuum commercium ita ut mutuum ab utraque parte factum desideret nec sine aliqua rerum cõtrectatione perfici possit; verum quoniam uidet Labeonem in hac quam affert contractus definitione emptionem quoque & uenditionem complecti itemque alias similes conuentiones, quæ ante ullius rei traditionem, ullumue commercium perfectę sunt (quod primæ illi positioni maximè aduersatur (. Ideo ipse eodem lib. v. cap. 2. varijs modis hunc modum explicare conatur; & primò dicit etiam in eiusmodi conuentionibus quodammodo commercium inesse, cum ipsæ non aliò spectent quam
13 vt pręstatione eius quod promissum est impleatur contractus. At hoc planè recipenidum est, quia hoc modo conuentio quoque de permutando contractus esset & συνάλλαγμα contineret etiam ante implementum, contra q̃ sentiat Vlp. in. l. iurisgentium in princ. in vers. sed & si. ff. de pact. Præterea alio modo conarur ipse tollere hanc difficultatem ibidem num. 3. & 9. aitque in omnibus conuentionibus quas ibi Vlp. connumerat subesse semper aliquid quod fungatur vice illius contrectationis
14 quæ ad contractum perficiendum ex necessaria, in emptione enim & locatione æstimationem pro tractatione, ac mutua rei traditione esse quam συνάλλαγμα vocamus, in societate itidẽm, mandato, alijsque similibus contractibus dicit adesse semper aliquod saltem traditionis simulachrum, vt plenius explicat ipse d. cap. 2. num. 3. cum sequentibus. Sed quamuis plurimum laboret Connan. nihil tamen affert in quo animus acquiescere possit, Verè enim iurisconsulti in emptione, alijsque contractibus qui consensu fiunt, nullum traditionis simulachrum considerant, nihilque prorsus quod traditionis vice fungatur, imò enim præter nudum consensum nihil aliud in ijs agnoscunt, cum dicant in ijs receptum esse, vt ex nudo consensu oriatur obligatio vt Paulus in l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permutat. Permutatio (inqnit) ex « re tradita initium obligationi prębet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu « constitui obligationem dicemus. Quod in ijs duntaxat receptum est, quæ nomen « suum habent vt in emptione venditione conductione mandato. Cum dicat so- « lo consensu in eiusmodi conuentionibus constitui obligationem, fatetur soli consensui tribuendam esse causam obligationis, propterea quod ipsum per se satis ad obligandum efficacem esse receptum est. At hoc verè dici non posset, si in eiusmodi conuentionibus traditionis simulachrum aliquod extaret, seu quippiam aliud quod

traditionis vice fungeretur, cuique aliq ua saltem ex parte obligationis ortus tribui pos
set. Prętereà fuisse Connanum hac in re Labeonis sentẽtiam parum assequutum hac ra-
tione optimè demonstratur. Fatetur ipse cap. 2. num. 2. (& hoc verissimum est) contra
ctum perfici rei traditione, nec verè contractum antea dici posse, quam re compleatur
cum dicat in contractu quemadmodum ἐν τῷ συναλλάγματι contrectationem rei seu per
ceptionem requiri. Fatetur etiam in emptione, conductione, & similibus eo tempore
quo extat adhuc obligatio ab vtraque parte, hoc est anteaquam ab alterutra parte im-
plementum interuenerit, non verè & propriè συνάλλαγμα interuenire, sed tantùm iuris
authoritate. Quę cum ita se habeant, necesse est vt tales conuentiones in quibus vltrò
citroq; oritur obligatio non verè contractus esse concedat, sed iuris authoritate contra
ctus fieri; itaque debuisset rationem assignare cur Labeo ita contractum definiat, vt tra
dita ab eo defini tio nõ possit ijs cõtractibus cõuenire qui verè sunt contractus, verèque
συνάλλαγμα continent, sed ijs tantùm in quibus traditio (vt ipse inquit) non interuent,
sed tantùm iuris authoritate suppletur. Hoc ipse præterit quasi oculis conniuentibus,
quod certè in primis & aduerti & explicari debuerat. Posteaquam vidimus in huius
contextus explicatione nihil afferri quod firmum sit, certaque ratione defendi possit,
reliquum est vt nostram hac de re sententiam aperiamus, quod vt commodius fiat no- 15
stræ huius sententiæ duo quasi fundamenta constituemus. Ponimus ergo illud in pri
mis quod facilè vnumquemque admissurum arbitramur, Labeonem ibi non de con-
tractu loqui prout conuentio est, sed de ipso hoc verbo contrahere, eiusque vim & si- 16
gnificationem expendere, ac propterea cum definit contractum non conuentio-
nem, sed rem contractam sibi definiendam proponere. Hoc verò ita esse probè in-
telligemus, si illius totius legis contextum accuratè considerabimus. Primò dicit ibi
Vlp. id sibi Labeonem proposuisse vt ostenderet quid differrent ea quæ contrahuntur
« ab ijs quę aguntur & geruntur inquit enim. Labeo libro primo prætoris Vrbani de-
« finit quod quędam agantur, quędam gerantur quædam contrahantur. Postea vt
horum verborum differentiam ostendat, ea singula sigillatim persequitur; Et quantum
ad verbum agere dicit actum quod inde deducitur, esse verbum generale siue re, si-
ue verbis quid agatur, vt in stipulatione, vel numeratione. Rursus & verbi huius cõtrahe
re significationem ita exprimit vt dicat contractum esse vltrò çitroq; obligationem;
Ac deniq; gestum ait rem significare sine verbis factam. Sicut ergo cum dicit actum
& gestum de eo intelligit quod actum, & gestum est, ita cum dicit contractum, credi-
bile est intellexisse illum de eo quod contractum est, vt quę media sunt ex præcedenti- 17
bus, ac sequentibus declarentur, ar. l. Hæredes palam. §. 1. ff. de testam. Et l. si seruus
plurium. §. vlt. ff. de leg. 1. Quod ipsum ostendunt illa verba neutro genere prola-
ta. Quod græci συνάλλαγμα vocant. Quod si loqueretur Labeo de contractu quate-
nus conuentio est, nõ dixisset, quod, sed quem; ac prior tamen litera retinenda est vtpo-
te quę in pandectis Florentinis habetur. Et hoc fuit primum quod ad huius legis
intelligentiam diximus animaduerti oportere. Secũdo illud quoque constituendum est
alia duo verba pręter contractum, quorum meminit ibi Labeo obligationi minimè cõ
uenire, nunquam enim dicimus gestam, vel actam esse obligationem; at rectè dicimus
eam contractam. Itaq; solũ ex his tribus est verbum, contrahere, quod obligationis pro- 18
prium ac peculiare sit. Quare cum aliquid contrahitur id quod inde contractum est ve
rè & propriè dicitur obligatio. §. vlt. inst. de obligat. iuncto tit. proximè sequenti quib.

mod.

mod. re contra. oblig. Quanquàm & ad alia hęc vox produci solet, vt vbique fermè sit, veluti cum Cicero rerum contractarum fidem appellat. Quare non mirum est si Labeo dum vult declarare quid propriè illud sit quod contractum dicimus, ait illud esse obligationem, nam verè & propriè contrahitur obligatio, quod tamen intelligas qua

19 tenus uerbum hoc contrahere ad iuris terminos refertur, nam alias quoq; nonnullas habemus huius uocabuli significationes, ut cũ uel noctẽ contractã, vel contractum paralitici corpus esse dicimus; Dicit etiam Cicero contractum malum, culpam contractam, item cõtractam offensionem. Tertio & ult. cõstituendum non tantùm contractam dici obligationem cum cõtractu est inducta obligatio, hoc est traditio interuenit, sed etiam quoties quocunque modo obligatio inducitur. §. ult. inst. de oblig. & §. I. inst. de oblig. quæ ex cons.

20 Qua de causa factum esse arbitror ut etiam uerbum contractus latius produceretur ad omnes conuentiones, ex quibus contrahitur obligatio, quæ significatio, quamuis non impropria sit, tamen magis propriam esse puto ut contractus dicatur in quo traditio, & contrectatio insit. Siquidem apud antiquos illos homines, qui primi in unum congregati simul commercia habere cæperunt, cum

21 pręter mutuam rerum permutationem in qua necesse est traditionem interuenire, nihil aliud esset unde ex uoluntate partium oriretur obligatio, uerbum inuentum est quod primæ obligationum origini conueniret, idq, quorũcunq; idiomate usurpatum fuisse credibile est. Posteà uerò cum aliæ conuentiones ita receptæ sint, ut non minus ac permutatio efficaces fierent, quemadmodum usus eamdem ijs præbuit efficaciã, ita ipsis verbum hoc contractus communicatum est, cum pręsertim maximè consentaneum esset, vt id contractus diceretur ex quo contrahi posset obligatio. Hoc ergò retinendum in præsentia est, rectè proprièq; contractam obligationem quæ ex quocunque contractu proficiscatur. His ita constitutis minimè dubitamus quin nostri interpretes in huius contextus explicatione errore lapsi fuerint, eorumq; errorem ex duplici fonte oriri animaduertimus; Primum ex eo quia putarunt hìc Labeonem locutum esse de cõtractu quatenus conuentio est, quocircà mirantur postmodum quomodo dicat contractum esse obligationem, cum ex eo potius oriatur obligatio, & in hoc admodum se inuoluunt, sed verè Labeo non sic contractum ibi accepit, sed quemadmodum in illo ipso contextu loquitur de eo quod actũ est, ac de eo quod gestum est, ita loquitur de eo quod contractum est; & quoniam verè, proprièq; contracta dicitur obligatio, hac de causa dixit Labeo contractum, hoc est id quod contractum est esse obligationem; Præterea in eo videntur mihi nostri interpretes errasse, quia existimarunt vltrò citroq; obligationem ad vnum tantùm contractum pertinere, nec contractum dici posse in quo

22 nõ ab vtraq; parte obligatio insit cui interpretationi nõ modo aduersantur innumerabiles propemodum leges, quæ commodatum, depositum, aliasq; similes conuentiones ab vna tantùm parte obligationem continentes contractus appellant, sed aduersantur etiam hæc ipsa Labeonis verba, si accuratè considerentur, nam cum dixisset id quod contractum est esse obligationem, & consequenter obligationem verè dici contractam ne quis forsan in reciprocis conuentionibus dubitaret, possetnè hoc affirmari de vtraq; obligatione, hoc est de obligatione tàm emptoris, puta, quam venditoris, & tàm locatoris quàm conductoris, sicq; ex parte vtriusque contrahentis, propterea quod aliquibus fortasse durius videri posset vni, eidemq; facto duplex contractum inesse, Labeo vt hunc scrupulum adimeret, omnemq; prorsus tolleret dubitationem clarioris explicationis

tionis gratia addidit illa verba vltrò, citròq;, & obligationem vltrò citròq; contractum
esse dixit, quibus verbis voluit demonstrare hanc appellationem seorsum singulis
obligationibus conuenire, At verò quoniam vbi contracta obligatio est ibi verè di-
ci potest contractus adesse, possumus concludere ex sententia Labeonis emptionē per 20
se vnum contractum, venditionemq; pariter alterum perse contractum esse. Ita verò sen
tire ibi Labeonem, Vlpianumq; apparet ex eo quia cum exemplis demonstrāt id quod
dixerunt non ijs vtuntur vocabulis, quę singula per se possint vtriusq; contrahentis vt
emptoris & venditoris simul factum exprimere aut locatoris & conductoris, sed separa
tim de emptione, ac de venditione, de locatione ac de conductione loquuntur, nulla in-
ter eas copula interiecta id quod & alibi sæpè iurisconsulti faciunt vt in l. iurisgentium
in princ. & in l. 1. §. permutatio .ff. de rerum permutat. in l. si stipulet. §. vlt. infra eo.
cum multis similibus; At non sic videmus sponsionem à stipulatione separari, quando-
quidem ex vtraq; vna tantum obligatio oritur, Vnde ostenditur emptionem & condi-
tionem duo cōtractus esse, sicut duę ibi promissiones adsunt, ex quibus duę pariter obli
gationes contrahuntur. Ac de alijs porrò reciprocis cōuentionibus idem dicimus, quia
alioquin nulla ratio reddi posset cur sic diuersis nominibus vtriusq; cōtrahentis factū
distingueretur. Nec nos quicquam illud moueat quod videamus nō posse emptionem
sine venditione consistere, neque è conuerso venditionem sine emptione; Nam ex hoc
non rectè infertur vnum hìc potius quam duos contractus adesse, siquidem nec pater 21
sine filio est, mortuoq; filio patris nomen protinus amittit, et tamen differant inter se pa
ter & filius, non secus ac cętera omnia possunt inter se differre, quæ ad aliud referun-
tur. Dubitabit hìc forsan aliquis, quoniam, diximus ibi à Labeone & Vlpiano obliga-
tionem non accipi pro actu obligandi, sed prout iuris vinculum est, quomodò posteà
Vlp. dum tradit exempla obligationis dicat velut emptionem, venditionem, locationē
conductionem, cum clarum sit emptionem non esse iuris vinculum, sed potius conuen
tionem ex qua iuris vinculum oritur, quod & in locatione alijsq; à Vlp. ibi conumeratis
perspicuū est. Dura videtur primo aspectu sed vera tñ est hæc expositio nā sępe videbim.
iurisconsultos non modo in exemplis afferendis, sed etiam in tradendis definitionibus
à causis ad effectus diuertere; satis enim habent rem aliquam ita demonstrasse (siue à
causis siue ab effectibus siue ab alia re quacunq; sumaturdemonstratio) vt omnis ęqui-
uocatio tollatur, ac qui proponitur terminus ab alijs diuersis terminis seiungatur. Hinc
videmus seruitutem ita definiri vt sit constitutio iurisgentium .l. libertas §. seruitus .ff.
de statu homin. & instit. de ijs qui sunt sui vel alien. iuris in princ. cum tamen seruitus
non tàm constitutio sit quam ab ipsa iurisgentium constitutione proficiscatur. Vide-
mus etiam cōtractum depositi & commodati ita definiri ut eorum definitiones rei de-
positæ & commodatæ potius quam ijs ipsis contractibus conuenire videantur. l. 1. ff. de
pos. l. 1. ff. commod. obseruatur hoc pariter apud Papinianum in .l. 1. ff. de legib. cum
dicit legem esse delictorum coertionem, quam tamen, coertionem legis potius effe-
ctum esse non ignoramus. Dixit etiam Gratianus in c. ius naturale. 1. distinct. ius gen
tium esse ædificationem, munitionem, sed cum occupationem &c. non quia verè hæc
ius sint, sed quia iurepermissa sunt. Ac ne frustra singula consectemur, poterimus hoc
vbiq; ferè obseruare, solere nostros iuriscōsultos in ijs quæ simul connexitatis aliquid ha
bent abvno ad alterum facilè deflectere, quoties ea vident eiusmodi esse vt ab vno alte
rū cognosci ac demon. possit. Quod multò minus hìc mirū videri debet cū Labeoni sa

tis

tis fuerit id tantum demonstrare quo pacto hi tres termini actum scilicet, contractum & gestum inter se different. Si receperimus hanc intelligentiam non erit quod dubitemus quomodo hæc definitio emptioni cōueniat, alijsq; cōuentionibus ibi cōnumeratis, Quodcunque .n. tempus spectemus, poterunt ijs definitionis verba accommodari dummodò ab vna saltem parte obligatio extet. Fac emptorem pretium soluisse verè hìc contractus erit, verèq; contracta dici poterit obligatio, qua venditor ad rem soluendā adstringetur, quod si rem iam persoluerit venditor contracta erit quantum ad emptorem obligatio qua ipse inuicem ad pretium tenebitur; Quid autē si de re & pretio tan-
26 tum conuentum sit, sed neuter quod promiserat implenerit, si de contractus nomine loquamur iam diximus illud propriè quidē sed tamen minus propriè conuenire, quàm cùm traditio intercessit. At verbum contrahere non ausim negare quin tunc quoq; maximè propriè conueniat. Video enim hunc esse vsum iurisconsultorum vt promiscuè referant hoc verbum ad omnes species in quibus obligatio oritur neq; pręcipuas in hoc haberi obligationes quæ rei traditione fiunt, vt vidimus de verbo contractus. Quare cum Labeo in hac definitione verbum hoc contrahere obligationi tanquam propriū tribuere voluerit nullum debuit casum excludere in quo obligatio contracta dici posset. Tametsi verò diximus Lab. ibi non tàm voluisse definire quid sit contractus quàm declarare hoc verbum cōtrahere tamen non putamus eum de contractu quicquam cōtrarium sensisse quare hoc ex alijs legibus desumendum est, probatur autem ex alijs legibus quas initio adduximus semper vbi obligatio contracta sit contractus nomen con-
27 uenire, alias significationes habet hęc vox contractus, sed illæ prorsus improprię sunt, vt eum pro sententia, atque etiam pro distractu contractus nomen vsurpamus l. Valerius.ff. de iure fisci l. omnium C. de omni agr. deserto. Summa igitur huius nostræ sententiæ hæc est vt doceat ibi Labeo nō quid sit cōtractus sed quid sit illud quod contractum dicimus atque ideirco dicat illud esse obligationem, quia præter obligationē nihil planè aliud est cui verè conueniat hoc verbum contrahere, hoc est verè contractum dici possit, illa autem verba vltrò citròq; ideircò diximus Labeonem adiecisse, vt ostenderet hanc vocem in reciprocis conuētionibus posse seorsum tàm ad huius quàm ad illius obligationem referri. Ex qua explicatione intelligitur hanc definitionem ijs quæ
28 superius docuimus nulla ex parte aduersari cum diximus depositum, commodatum, aliasq; similes cōuentiones quę re cōtrahuntur attēta prima huius uocis significatione magis propriè contractus dici, alias verò cōuentiones quę solo cōsensu fiunt vt emptionem locationē societatem & id genus alias quamuis non impropriè tamen ex latiori tātum significatione hoc sibi nomen vendicare, quatenus scilicet vsus obtinuit vt contractus dicatur quęcunq; conuentio ex qua obligatio contrahatur. Cum verò alijs compluribus argumentis probatur hæc nostra sententia quæ omnia ex ijs quæ diximus facile colligi possunt, Tum illud mihi inter cętera sanè maximi momenti esse videtur quod si alio modo hunc contextum exponeremus cogeremur fateri vbique iurisconsultos mentiri qui depositum commodatum atq; alias omnes cōuentiones quæ ab una tantum parte obligationem pariunt promiscuè cōtractus appellāt l. iurisgentiū in princ .ff. de pact. §. ult. instit. de oblig. & sexcētis alijs in locis ita ut ne suspicatus qui dē vllus sit nō uerissimè, maximèq; propriè dici contractus omnes qui re perficiuntur licet nō utriusq; partis obligationem contineant. Probatur ex eo prętera nostra expositio, quia nisi hoc pacto hæc Labeonis definitio acciperetur neq; etiā emptioni alijsque

contractibus

citur non improprium, vt docet Vlp. in l. 1. ff. de suis & legit. Iccirco autem diximus appellari contractus has quoq; conuentiones quanuis nullum συνάλλαγμα, nullamq; traditionem contineant, quia receptum est, vt ex ijs quoq; obligatio contrahatur. Huc etiā
32 accedit quod quoties actus ad aliquem iuris effectum efficax est, solet ab eo nominari quod subsequuturum est, vt hic constat sequuturam esse contrectationem. Sic dos licet dicatur à dando, tamen ante dationem sæpè sic appellatur l. si socius pro filia. ff. pro socio l. si pater C. de collat. probaturq; in Rub. C. de dotis promiss. & in Rub. C. de
33 dot. caut. cum sim. adductis à Ias. in Rub. ff. solut. matr. in 1. lectura col. 6. Permutatio quoq; dicitur à permutando, quod non fit solis verbis, sed re, & facto; Et tamen etiam anteaquam res, & factum interueniat, dicitur interdum permutatio l. 1. §. permutatio. ff. de rerū permutat. Vltima est conclusio, stipulationē minus quidē propriè contra
34 ctū esse, quā depositū, & alias cōuentiones qui re perficiūtur, tamē æquè propriè cōtractus nomē sibi vēdicare atq; emptionē, venditionē, locationē, conductionē, & alias cō uētiones quę solo cōsensu fiunt; Cuius rei ratio illa est, quia vt propriè cōtractus dicatur, nō illud spectandū est, anne cōtineat ab vtraq; parte obligationē (vt iā demonstratū est) sed an συνάλλαγμα interueniat; Verum quoniam vsus inualuit, vt contractus dicerentur omnes conuentiones, ex quibus efficax contrahitur obligatio, propterea factum est vt sicut emptio, venditio, aliæq; similes conuentiones, quæ sine vlla traditione solo consensu perficiuntur, ita stipulatio quanuis nullam traditionem, nullumq; συνάλλαγμα contineret, non impropriè contractus appellaretur, vt in l. in conuentionalibus inf. eo in l. non solum .s. tit. pro. l. si donationis C. quod met. caus. l. 1. C. vt act. ab hæred. & cont. hær. l. pręposteri. C. de testam.

ARGVM.

Vestimenta conuentionum, quæ nostri interpretes tradunt, exceptis duobus, à iurisconsultorum sententia abhorrere, neq; ex ijs ad obligationum efficaciam vel inefficaciam certas prorsus regulas desumi posse.

1 Ex traditione et receptione oritur æquitas, solum fundamentum naturalis obligationis.
2 Conuentionum efficaciam ex illarum vestimentis Doct. desumunt.
3 Sex conuentionum vestimenta ex Accursio; quibus alia cæteri Doct. adiiciunt.
4 Vestimentum quod re perficitur omnium maximè iurisconsultorum sententię est consentaneum.
5 Non absurde inter nudas conuentiones recenseri possunt contractus omnes, exceptis iis qui re perficiuntur.
6 Nuda conuentione contrahitur pignus.
7 Ex nuda pactione actionem non oriri perpetuum non est.
8 Stipulatio an recte possit dici nudum pactum.
9 Variis de causis dici potest aliquid nudū.
10 Nudum, & non nudum potest idem dici diuersis cōsideratis, sicut absens & præsens eodē tempore quis dicitur.
11 Pactum nudum dici potest etiam si nō demus pactum non nudum, sicut dicitur vsus nudus, quāuis nō reperiatur usus non nudus.
12 Est interdum cum in contrahendo traditio interueniat, & tamen consensus potior sit.
13 Vestimentum verborum non prorsus improbandum.
14 Literarum uestimentum non per se censeri debet, tanquam diuersum uestimentum.
15 Vestimentum consensus nullatenus recipiendum.
16 Accursius incertus quid dicat in re seria iocatur.

17 Nuda conuentio postquam efficax effecta est, non ideò nuda esse desiit.
18 Vestiri pactum legis auxilio à iurisconsultorum mente alienum est.
19 Differunt hęc tria secundum Doct. Re vestiri, Rei interuentu, & rei traditione.
20 Omnia conuentionum vestimenta Io. Bologn. ad duo redigit.
21 Quid de his vestimentis conuentionum uerè senserint iurisconsulti.
22 In .§. fin. inst. de oblig. de uestimentis nihil Iustin. cogitauit.
23 Non tàm damnandi Doct. quod multa comminiscantur, quàm quod ex mente iurisconsultorum illa ipsa se tradere profiteantur.
24 Incēdii, ac terremotus uestimenta nihilo magis absurda essent, quàm quæ à doctoribus sunt excogitata.

CAPVT. VII.

CVm iam explicatum à nobis fuerit, quomodo diuidantur contractus voluntarij quos iurisconsulti conuentiones appellant, & quę singulis gēeribus nomina magis conueniant; Reliquum est vt videamus quomodo ex ipsis obligationes orian tur, quod posteriore loco nobis propositum erat. Quod attinet ad illas conuentiones quæ re perficiuntur nihil est, quod in ijs elaboremus, clarum est enim (idq; & supra diximus) ex illis oriri obligationem, vt toto tit. Inst. quib. modi re contra. obligat. Siquidem continent συνάλλαγμα seu rei traditionem ex qua naturalis æquitas, & consequenter obligatio nascitur ar. l. stichum §. Naturalis. ff. de solut. nō tantùm si transeant in proprium nomen contractus, sed etiam si penitus innominatę sint. l. Iurisgentium in princ. ff. de pact. l. 1. ff. de rer. permut. Satis enim est illud constare, rem tibi commodatam, vel penes te depositam esse, quam cum tu eo nomine receperis, ex hoc ipso statim exoritur æquitas, quæ te (quantum in ipsa est) ad eius restitutionem vrget, atque compellit. Itaque consentaneum fuit, vt ciuiles leges ex his causis actiones instituerent. Quantum verò attinet ad illas conuentiones quæ verbis fiunt, nudumque continent consensum, nullius rei traditione munitum, non satis perspicuum est quomodò ex ipsis oriatur obligatio. Huius totius rei explicationem ex pactorum vestimentis nostri interpretes desumunt. Dicunt enim alias esse conuentiones nudas, alias vestitas. Conuentionibus vestitis concludunt obligationem inesse, & quidem efficacem; At nudas conuentiones nullam volunt producere efficacē obligationem. Imo verò nonnulli vt Perticensis (quē & Torniellus hic refert num. 26) & Franc. Cōnan. lib. 8. cap. 1. num. 5. negant vllam prorsus ex ijs oriri obligationem, quamuis non sic sentiant communiter interpretes; nam fatentur ipsi (vt latius infra suo loco referemus) ex nudis conuentionibus oriri obligationem, sed eam dicunt esse naturalem tantùm, ac nostris temporibus inefficacem, ita vt ex ea nihil peti possit. Vtrum verò iure gentium ante conditas leges ciuiles efficax esset hæc naturalis obligatio, quæ oritur ex conuentionibus nudis, & an pro ea manus Regia exerceretur, maxima inter ipsos interpretes altercatio est. Nos quibus hæc omnia ordine explicare propositum est, nihil rectius facere posse arbitrati summus, quàm vt rectè illud ante omnia declararemus quæ sint nudę conuentiones, & quæ vestitę; Neque enim cum iurisconsultis satis consentiunt nostri interpretes, sed nouas ipsi traditiones asferunt. Ridebunt ipsi (sat scio) si inter nudas conuentiones emptionem, locationem, societatem, numerari audiant; Et tamen nos videbimus hoc à iurisconsultorum sententia haud ita prorsus abhorrere. In vestiendis sanè pactis fermè omnes nimis largi, ac liberales fuerunt: Accursius in l. Iurisgentium §. quinimò .ff. de pact.

in

in verſ. Quinimò & verſ. Vt puta. ſex pactorũ, ſeu conuentionum veſtimenta proponit quorum vnumquodque per ſe ad veſtiendas conuentiones ſatis eſſe dicit, quę verò omnibus planè careant, eas ſolas eſſe nudas conuentiones arbitratur. Ac præter hęc Accurſij veſtimenta alia inſuper nonnulla interpretes adijciunt. Primò dicit Accurſius pactum hoc eſt conuentionem (nam promiſcuè vt .s. admonuimus Accurſius & alij pro conuentione pactũ vſurpant) re veſtiri, velut mutuum, depoſitum, commodatum vt paſſim habetur Inſt. quib. modis re contrah. obligat. Secundum ait eſſe veſtimentum verborum, quorum ſolemnitate veſtitur ſtipulatio, vt hoc ipſo titulo & inſt. & C. eo. Vt noſtram de his ſingulis ſententiam aperiamus; nos quantum ad veſtimentum rei fatemur Accurſium & ſequaces rectiſſimè loquutos eſſe; quantum ad veſtimentum verborum, licet non prorſus rectè, cum & ſtipulationem nudi pacti appellatione ſæpenumerò iuriſconſulti complectantur, tamen quod ipſi dicunt à veritate non prorſus abhorrere exiſtimamus. Quantum verò ad cætera veſtimenta quæ præter hęc duo prima afferuntur, ea vel ad hęc ipſa referri, vel prorſus inania, & commentitia eſſe credimus; quę omnia ſuo loco demonſtrabimus. Dicimus ergo omnium maxi-
4 me ſententiæ iuriſconſultorum conſentaneum eſſe veſtimentum quod re perficitur, nempè cum rei traditione perficitur conuentio, cum .n. tunc συνάλλαγμα reiq; traditio interueniat, non poteſt hæc conuentio videri nudum conſenſum continere ideoque nec nuda conuentio dici debet. Quare conſequens erit vt rectè poſſit dici veſtita; ſolumque eſt (vt mihi videtur) hoc veſtimentum, ad cuius excluſionem nudæ conuentiones primùm dici cęperunt. Quod breuiter nonnullarum legum authoritate demonſtrabimus; Deinde ad ſecundum veſtimentum veniemus. Reperio iuriſconſultos vbique eam conuentionum diſtinctionem, quam nos ſupra tradidimus ante oculos habuiſſe, vt quaſdam ſtatuerent conuentiones eſſe quæ re perficiuntur, alias verò quæ nudum conſenſum contineant; Quę re perficiuntur, eas nunquam dixerunt nudas; cum enim in perficiendis conuentionibus nihil potius, efficaciuſuè ſit, quam συνάλλαγμα hoc eſt rei traditio, ideò iudicarunt conuentiones illas quæ rei traditione fiunt vſqueadeò perfectas, numeriſque omnibus abſolutas eſſe, vt nulla planè ratione poſſint nudæ appellari; Quæ verò ſine vl-
5 la rei traditione perficiuntur, eas video nudas appellari, ea proculdubio ratione quoniam deeſt in illis συνάλλαγμα quod in conuentionibus potiſſimum attenditur. Probatur hoc primò ex l. traditionibus C. de pact. Traditionibus (inquit " ibi Diocletianus) & vſucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur. " Venditionibus certe, locationibus, mandatis in quibus nulla interuenerit traditio non transferuntur dominia, quare cum de nudis pactis loquitur Diocletianus, has quoque conuentiones proculdubio complectitur; Tanto magis quia cum traditionibus opponat nuda pacta, in eo ſatis oſtendit ideò ſe appellare nuda pacta quod nullius rei
6 traditionem contineant. Probatur hoc præterea ex l. 1. ff. de pign. actione, vbi nuda conuentione tunc contrahi pignus intelligit Vlp. cũ traditio non interuenit; quanuis poſſit adhiberi ſtipulatio, atque etiam ſine ſtipulatione pignus efficacem obligationẽ producat; id quod ad veſtiendam conuentionem (vt poſtea dicemus) Doct. ſatis eſſe exiſtimant. Verba Vlpiani hæc ſunt. Pignus contrahitur non ſolum traditione, ſed " etiam nuda conuentione &c. Tertiò Iulianus quoque in l. ſolent. ff. de præſcript. " uerb. non minus hoc apertè docet, nudam ſcilicet conuentionem ſemper dici,

quoties non adest negotiũ(negotiũ appellat ipsę quod græci συνάλλαγμα dicunt) Facti vero speciẽ eiusmodi proponit. Fuit alicui nescio quid promissum, vt indicaretur seruus fugitiuus; quáuis eo nomine nihil solutũ sit, dum tamen seruus fuerit apprehensus, ex hoc dicit interuenire negotium, atq; ob id nudam pactionem non esse. Quod si solu-
" tum quidem (inquit) nihil est sed pactio intercessit ob indicium, hoc est vt si indicaret,
" apprensusque esset fugitiuus certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Postea
" subijcit. & quidem conuentio ista non est nuda vt quis dicat ex pacto actionem non
" oriri, sed habet in se negotium aliquod. Ecce nudam conuentionem appellat quę non habet in se negotium; nec dubiũ est quin ibi negotium appellet quod nos cõtrectatio nem, greci συνάλλαγμα dicunt; nam sic etiam accipitur negotium in l. Aristo. ff. de donat. Quartò facit ad hoc maximè l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. quo loci Paulus conuentiones illas quæ rei traditione non perficiuntur, nudum consensum habere dicit; quanuis fuerit receptum vt non minus ac reliquæ ad agendum sint efficaces. Quod si nudum consensum habent, non video cur vestitę potius quàm nudæ dici debeant; Potestq; ad hoc pariter perpendi quod habetur in. l. legem C. de pact. Hoc modo etiam intelligo quod tradit Vlp. in. l. iurisgentium §. Igitur nuda. ff. de pact. vbi cum dixisset contractum innominatum parere obligationem, si interuenerit traditio (quod enim causam dicit, traditionẽ intelligit) subijcit vbi nulla subest causa, ibi
" nullam oriri obligationem; ac demum colligit conclusionem in hęc verba. Igitur nuda
" pactio obligationem non parit, sed exceptionem. Quare cum de nuda pactione loqui tur necesse est à vt à traditione nudam intellexerit; siquidem hoc ex præcedentibus necessariò colligitur. Quod verò ibi dicit ex nuda pactione actionem non oriri, hoc regulare est, sed tamen in nonnullis pactionibus nudis receptum est, vt obligationem etiã 7
ad petendum efficacem pariant, vt habetur in d. l. 1. ff. de re permut. & in. l. legitima. ff. de pact. Sic rectè concludi potest nudam conuentionem appellari etiam stipulationem, ut expressim probatur in d. l. Traditionibus C. de pact. l. 1. ff. de pign. act. cum alijs supra adductis; Quare si adhibita solemnitate verborum adhuc pactum dicitur nudum, ex hoc certè sequitur nullum considerari vestimentum verborum. At his omnibus legi bus quas hactenus adduximus, videntur alię leges aduersari, quæ appellant pactum nu- 8
dum, cum à stipulatione illud seiungunt, vnde necessario colligi videtur stipulationem non posse dici pactum nudum. Habemus hoc in. l. Diuisionis placitum. ff. de pactis.
" Diuisionis placitum nisi traditione, vel stipulatione, summat effectum vt nudum pactũ
" nulli prodesse poterit. Ita demum vult ibi Hermogenes pactum nudum appellari posse nisi stipulatione summat effectum. Vbi ergo stipulatio adhibita sit, ibi pactum nudum
" non esse perspicuè sentit. Demonstrat hoc idem Dioclet. in. l. si tibi C. locati. Si tibi
" (inquit) quæ pro colonis conducti prædii prorogasti Dominus fundi stipulãti dare
" spopondit, competens iudex reddi tibi iubebit. Nam si conuentio placiti fine stetit
" ex nudo pacto prospicit actionem iure nostro nasci non posse. Quę uerba ostendunt, conuentionem illam qua stipulanti aliquid promissum est, placiti fine non stetisse, neque nudi pacti appellatione contineri. Quamobrem Accurs. in l. 4. ff. de sponsal. dum interpretatur id quod ibi dicitur nudũ consensum sufficere ad constituenda sponsalia, intelligit nudum à stipulatione, quæ in sponsalibus non est necessaria l. sponsalia, & .l. vlt. eo. tit. de sponf. Verùm quia pro contraria parte vigent. illę leges quæ probant sti pulationem pactum nudum esse, uidendum est quomodo possint hęc duo simul consi

stere

ſtere, vt à pacto nudo diſtinguatur ſtipulatio, & tamen eadem ipſa ſtipulatio pacti nudi
9 appellatione contineatur. Conſtituendum eſt in primis, nudum aliquid dici multis modis, varieq; pro rerum ſubiectarum varietate hãc uocem accipi poſſe. Dicimus nudum præceptum quod ſine cauſa fit l. pater filium §. Iulius Aggrippa. ff. de leg. 3. Dicimus nudum teſtimonium quod iuriſiurandi religione caret c. tua. extra de cohab. cleric. & mu. Nudum appellamus ſermonem quo nihil promittitur, ſed ſimpliciter aliquid aſſeritur l. ſciendum §. dictum. ff. de ædil. edict. Quod attinet uerò ad conuentiones, cum hanc uocem ad eas applicamus, illud ubique obſeruari poteſt quod ſuperius diximus multiſque legibus comprobauimus, iuriſconſultos ante omnia habuiſſe præ oculis principalem illam diuiſionem conuentionum, vt aliæ συνάλλαγμα, hoc eſt contrectationem, reiq; alicuius traditionem contineant, aliæ uerò ſolo conſenſu vel uerbis vel alia quacunque ratione expreſſo perficiantur. Qua diuiſione retenta conſentaneum certè fuit, vt illas potius nudas conuentiones appellarent, quæ nullam continent traditionem, vnde & ſtipulationem inter nuda pacta rectiſſimè recenſent. Verùm quoniam lex ciuilis vt nudas conuentiones efficaciores redderet, eas præſertim quæ ex ſolo conſenſu obligationem producunt, interrogationis ac reſponſionis formam adinuenit, ex hoc fit vt nõ prorſus nudæ dici ſoleãt, in quibus talis verborum ſolemnitas fuerit adhibita; quamuis alia de cauſa verè nudæ appellari deberent, quatenus ſcilicet non habent illam contrectationem, quam attenta prima, ſimpliciorique conuentionum natura hac in re potiſſimũ ſpectari debere diximus. Quare quoties ex ſubiecta materia conſtat de illis conuentionibus non agi, quibus συνάλλαγμα inſit, ideòq; non potuiſſe ad illud excludendum nudam conuentionem appellari, rectè dicemus hac appellatione, nudum, verborum ſolemnitatẽ excludi, vt in l. 4. ff. de ſponſ. in l. Diuiſionis placitum. ff. de pact. in l. ſi tibi C. locati. Quæ leges in hunc modum cum alijs legibus ſuperius adductis cõciliari debent,
10 vt dicamus ſtipulationem varijs reſpectibus poſſe dici pactum nudum, & non nudum; Sicuti videmus in ſimili propoſito vnum, eundemq; hominem eodem tempore (diuerſis tamen rebus conſideratis) rectè & abſentẽ, & præſentem dici poſſe, iuxta ea quæ no. in l. præſens. ff. de procur. & in l. Abſentem. ff. de verb. ſignif. At hìc forſan aliquis inſtabit contra id quod ſupra diximus nudam conuentionem ob id potiſſimum ſolere appellari, vt excludatur rei traditio; Nam dicet rectè quidem quãtum ad conuentionem hoc procedere, ſed quantum ad pacta non eodem modo affirmari poſſe. Nam cũ à nobis concluſum ſupra fuerit, conuentionibus quæ re perficiuntur pacti nomen nõ conuenire, quoties pactum dicimus, ſatis ex hoc oſtendimus nullam interuenire traditionẽ; quare nõ eſt neceſſe vt ad excludendã traditionẽ nudũ pactũ appellemus. Ad hoc
11 reſpõdemus (& hanc reſponſionẽ diligẽter cupimus animaduerti) nõ eſſe neceſſe pactũ appellari, quod non eſt nudũ a traditione, vt ad eius differentiã poſſit dici nudũ illud pactum in quo traditio nõ interuenit; ſed ſatis eſſe vbi adſit traditio ibi quoq; poſſe materiã adeſſe quæ pactũ conſtituit, nimirũ duorũ, pluriumuè cõſenſum qui pacti ſubſtantiã perficit l. 1. in princ. ff. de pact. l. Pactum. ff. de pollicit. Quamuis eo caſu quo nudũ non eſt, non rectè dicatur pactum; quod optimè demonſtratur hoc exemplo. Vſus appellatur nudus, cum ab vſufructu ſeiungitur l. 1. ff. de vſu & habit. et tamen compertiſſimum eſt non dari vſum non uudum; ſiquidem ille vſus, qui in vſufructu continetur non per ſe formalis ſeruitus eſt, quemadmodum ille vſus quem Caius in d. l. 1. nudum appellat. Quare ſatis habuit Caius non nudi vſus ſi minus nomen, at ſaltem materiam

reperiri, vt ad eius exclusionem nudus vsus dici posset; Quod ipsum nos & de pacto re
ctè affirmabimus; At quia interdum est, cum traditio interueniat, & tamen cõsensus po 12
tior sit, vt in l. legem C. de pact. eo casu minimè ambigendum erit, quin pactum illud
& pactum non nudum dici possit. Itaq; quoties dabitur hoc pactum non nudum
multo magis tùm perspicuum erit posse ad ipsius exclusionem pactum nudum appella
ri. Hæc sunt prima duo pactorum vestimenta quæ tradit Accursius in d. l. iurisgentiũ
§. quinimò. Primũ re ipsa constat, quod diximus oĩum maximè iurisconsultorum sen-
tentiæ conuenire, non quia rei traditionem iurisconsulti vestimentum vocent, sed quia
ad traditionis exclusionem nudum pactum, nudamque conuentionem appellant. Alte 13
rum est vestimẽtũ verborum cuius nõ eandẽ planè ac primi vestimenti vidimus ratio
nẽ esse; Siquidẽ conuentio in qua rei vestimentũ adest, nullo modo nuda dici potest; at
vestimentum verborum non impedit quominus conuentio hoc modo vestita rectè in
ter nudas conuentiones recenseatur, quemadmodum fit in multis legibus superius ad
ductis. Non tamen iccircò hoc vestimentum verborum prorsus improbauimus,
cum clarum sit, quandóque ad solam verborum solemnitatem excludendam vocari pa
ctum nudum. l. diuisionis placitum. ff. de pact. l. 4. & ibi Accurs. ff. de sponsl. l. si tibi C. de
pact. Præter hæc duo verò vestimenta ideò diximus reliqua omnia quæ ab Accursio &
alijs tàm multa afferuntur reijci debere, quia aut ad primum vestimentum referuntur,
aut si non referuntur, inania figmenta sunt, ac iurisconsultis antiquis prorsus incognita;
quod vt rectè intelligatur, deinceps ad alia pergamus. Recenset Accursius. 3. loco vesti-
mentum literarum, cum ex literis quoque oriatur obligatio, inst. de lit. oblig. in princ. 14
At nos in eiusmodi obligatione præter vestimentum rei, hoc est præsumptam pecuniæ
numerationem nullum aliud videmus vestimentum; neque enim alia de causa hìc literę
adhibētur quàm vt probent pecunię numerationem intercessisse. Cum enim sæpissimè
(quæ hominum improbitas, & perfidia est) negetur facta numeratio, quę verè facta fuit
neque vlla ratione probari possit, ita constituere fuit necesse, vt post biennium
exceptio non numeratæ pecuniæ nihil prodesset, sed biennii authoritate ea fides adiun
geretur syngraphę, vt aduersus eam testibus non crederetur. Vnde si huiusce conuen-
tionis vires, & naturam rectè spectauerimus, nullum ex ea diuersum cõuentionis genus
constituemus. Et hæc est causa cur apud iurisconsultos de literarum obligatione nulla
mentio reperiatur, neque enim veritate nititur hæc obligatio, sed tantum iuris præsum
ptione; neque alia de causa efficax est, nisi quia pecunię facta esse numeratio creditur.
At non iccircò tamen reprehendendus est Iustinianus, qui vt magis distinctam obliga-
tionum theoricam nobis traderet, literarum obligationem ab alijs separauerit, quasi lite
ris ipsis totam obligandi vim tribueret; Nam considerauit ipse solas literas in causa esse,
vt ad soluendum possit compelli qui alias non posset, ita vt nulla re alia quam syngra-
phæ testimonio obligetur. Quod testimonium licet possit non verum esse, ne tamen te-
stibus queat improbari, maxima cum rõne introductũ fuit. At nos intrepidè concludi
posse arbitramur in hac specie nullũ vestimentum adesse, quod inspecta veritate ipsiusq;
conuentionis substantia à vestimento rei seiungi possit; Vt enim probandi modũ hìc
diuersum esse fatemur, sic vestimentum ipsum quod probatur, à rei vestimento differre
non concedimus, neque vllam veram admittimus à iure ciuili inductã esse obligationẽ
Nam id tantùm à iure ciuili est, vt eo ipso tempore improbandę obligationis facultas
sit adempta; obligatio uerò ipsa quam lex ciuilis præsumit, iurisgentium potius quam
iuris

iuris ciuilis esse dici debet. Quarto subijcit Accurs. in d. §. quinimò. cōuentiones vesti
15 ri consensu vt inst. de oblig. quę ex consensu nasc. Quod vestimentū nihilo magis recipiendum est, Idq; duplici de causa. Primò quia hæ conuentiones quas dicit vestri consensu, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum inter nudas cō uētiones, & nuda pacta à iurisconsultis recēsentur, vt in illis omnibus legibus quas supra retulimus; secundò, quia si consensu conuentiones vestirentur, omnes omnino cō uentiones vestitæ dici possent, cum nulla planè conuentio sit, quæ non habeat in se cō
16 sensum l. 1. §. conuentionis .ff. de pac. Accursius in d. §. quinimo. cum videat non rectè hoc obiectum vllo modo tolli posse, ad fabulam confugit, atq; in eo iocatur in quo maximè agendum seriò fuisset; ait enim vestem hanc consensus, leuem esse & elegantem, ideòq; certis tantùm contractibus, qui pingues & callidi sunt, posse conuenire. At nos omissis iocis fateamur has ipsas conuentiones quę solo consensu fiunt nullum consensus vestimentum habere, quod nō in alijs quoque omnibus conuentionibus cernatur inesse; hoc vero amplius præcipuo quodam iure ipsis tributum esse, vt ex solo consensu obligationem pariant, nec quicquam aliud ad illarum efficaciam sit
17 necessarium. Verùm hanc efficaciam vestimentum esse, nulla ego lege probari video; video quidem probari contrarium, cum leges interdum admittant ex nuda conuentione posse promissorem ad præstationem urgeri, vt tradit Diocletianus inter alios in l. nuda C. de contrah. stipul. vbi dum negat id semper fieri posse, interdum posse fieri apertissime concedit. Atque ex hoc etiam optimè improbari potest illud vestimentū
18 quod Doctores legis auxilio tribuunt; nam quoties cōuentio aliqua lege approbatur, legitima quidem fit, sed non propterea desinit esse nuda cōuentio, seu nudum pactum quod optimè ostendit Paulus in l. Legitima .ff. de pact. Legitima (inquit) conuentio " est quę aliqua lege confirmatur, & ideo interdum ex pacto actio nascitur, quoties lege " vel S. C. adiuuatur. Cum dicit interdum ex pacto actionem nasci, necesse est de pacto nudo eum intellexisse, quoniam alioquin non rectè diceret, interdùm; sicq; inter pacta quę passim dicuntur nuda, illa quoq; recenset quæ efficacia sunt, ac lege uel S. C. adiuuantur. Ex his facile poterit per se unusquisq; alia quoque uestimenta refellere, quę Accursius, cæteriq; interpretes conuentionibus accommodarunt. Itaq; in reliquis quæ supersunt nihil est, quod diu commoremur. Quinto loco ait Accursius vestiri pactū cohęrentia contractus, quoniam pactum contractui adiectum ipsi contractui censetur inesse, vt in illa. l. Iurisgentium §. quinimò. ff. d. pact. Sextum statuit vestimentum quod rei interuentu inducitur, id quod fieri dicit in contractibus innominatis, d. l. Iurisgentium. in princ. vers. sed & si in alium. Subijcit posteà ibidē Accursius præter hosce quos hucusque commemorauimus, sex insuper alios yestiendorum pactorum modos reperiri. Vestitur enim (inquit) rei principio. l. 1. §. 1. ff. de pollicit. nam si pollicitatio sine causa facta fuerit Reip. ex ea non obligatur qui promisit, obligatur tamen si opus cæptum sit. Ait etiam uestiri pactum legis auxilio. l. Legitima ff. de pact. §. item iureiurando l. ut iusiurandi. ff. de op. libert. De his uestimentis tractant etiā alij interpretes in §. 1. Inst. quib. mod. re contra. oblig. ac fusius in l. petens C. de pact. Quo in loco addunt ipsi prę
19 tereà uestimentum quod appellant rei traditionē, idq; statuunt non tantum ab eo differre quod ipsa re, sed etiam ab eo quod rei interuentu perficitur. Quod ibi Dominus meus Bolognetus explicat in hunc modū, ut dicat tunc pactum uestiri rei traditione, cū ex aliquo contractu uel titulo traditur res, posteaq; conuenitur, ut aliquid fiat, cuiusmo

di

di exempla proponuntur in l. legem C. de pact. et in toto tit. C. de donat. quæ sub
modo; Quare cum in hoc vestimento quod fit rei traditione, ipsa rei traditio nihil ad
pactum perficiendum attineat, sed potius pro alterius contractus exequutione adhi-
beatur, propterea statuunt illud differre ab eo vestimento quod rei interuentu fit, & in
conuentionibus innominatis adhibetur, quod ab ipsa conuentione nō est seiunctum
sed ad eam potius perficiendam attinet, eiusq; implementum dici potest. Postremo
adijciunt vestiri pactum calore iudicij, ex quo pactum quod alioquin inualidum
esset, validum atque efficax redditur, vt tradit. Accursius in auctent. Generaliter in
vers. conscribat C. de episc. & cleric. Ripa hìc num. 22. & dicūt probari in l. pa-
cta nouissima C. de pactis. Hæc porrò vestimenta omnia eodem illo in loco Bo 20
lognetus ad duo tantùm redigi posse animaduertit; dicit enim vestiri enim pacta
principaliter duobus modis, essentialiter (vt ipse inquit) & accidentaliter, essentialiter
quattuor modis vestiuntur, re, verbis, literis, & consensu Ac totidem pariter modis acci
dentaliter, scilicet rei interuentu, cohærentia contractus, traditione rei, & legis auxilio
Atq; hæc posteriore loco relata dicit rectius appellari posse vestimēta; quandoquidē ac
cidunt pactis postea quā inducta iam, & constituta sunt; non secus ac de hominum vesti 21
mentis fiat, quæ tunc demum induimur, cùm & generati, & in lucem editi sumus. At
de superioribus illis quattuor vestimentis hoc affirmari non potest, multoq; minus
etiam de eo quod rei interuentu fit, quodque propterea implementum potius quàm
vestimentum dici debere existimat. Hæc ille. Nos vt de his omnibus simul vestimentis
sententiam nostram exponamus, ante omnia illud stabiliendum censemus, cum pacto-
rum, seu conuentionum inquirimus vestimenta, velimus nè ex iurisconsultorum men-
te loqui, an ex nostro capite hæc nobis vestimenta confingere. Si ex iurisconsultorum 21
sententia loquimur, iam demonstrauimus traditionis præsertim vestimētum eos agno-
scere, non quia traditionem ipsam vestimentum appellent, sed quia hac potissimum de
causa nudas conuentiones vocant, vt rei traditionem excludant; Et quoniam interdū
etiam nudas conuentiones dicunt, quę verborum solemnitate carent, ideo retinen-
dum est quod supra conclusimus, ipsam quoq; verborum solemnitatem non absurdè
vestimentum dici posse. Præter hæc duo uerò nihil aliud reperitur in quo iurisconsulti
uestimenti rationem ullam habuisse uideātur. Quo fit ut illud non satis probare possim
quod ex Domini mei sententia paulo antè relatum est, scilicet ea potius conuentionū
uestimenta dici debere, quæ ipsis conuentionibus accidunt, quàm quę ad illarum sub-
stantiam pertinent; cum .n. demonstratum à nobis fuerit, nihil aliud esse ex quo frequē
tius iurisconsulti nudas, & non nudas cōuentiones ęstimare soleant, quā rei traditionē
quā tamē traditionē ad ipsius cōuētionis substantiā pertinere perspectissimū est, satis ex
hoc intelligimus nō id eos in animo habuisse, ut hanc inter nudas & nō nudas conuen-
tiones differentiam ex accidenti potius quàm ex substantia desumerent. Nec quisquam
nobis Iust. authoritatem objiciat qui non duo tantùm, sed quattuor uidetur uestimen-
ta statuisse .§. fin. inst. de oblig. nam uerè Iust. ibi nulla considerauit uestimenta, sed 22
quosdam quasi fontes uoluit nobis indicare, ex quibus oriantur obligationes. At uerò
si ex nostro potius capite hęc nobis uestimenta constituere uelimus, necesse est saltem
certum aliquid subesse, ex quo illa desumamus, & quod nobis potissimum in uestimen
tis hisce considerandum proponamus. Quid hac in re spectarint nostri interpretes mi-
nime obscurū est; Video enim illos hac in re conuentionum efficaciam apertè conside-

rasse

rasse, cùm tot modis dixerint conuentiones vestiri, quot modis efficaces illas fieri animaduerterunt, contra quàm iurisconsulti voluerint, qui inter pacta nuda ea quoq; recensent quæ tanquam approbata à legibus & S. C. efficacia sunt, vt habetur in l. legitima. ff. de. pact. quam ad hoc supra perpendimus. Ac solam conuentionum efficaciam à nostris consideratam fuisse, vel ex eo facile intelligitur quod etiã pollicitationem dicunt rei principio vestitam esse, idq; non alia ratione, nisi quia pollicitatio quantumuis facta sine causa semper re incœpta efficax redditur, l. 1. ff. de pollicit. Ego illos hac
23 in re non eo nomine tantùm damnandos puto, quod iurisconsultis fuerint aduersati, sed ob eã causam maxime, quod iuriscon sultorũ authoritate ea se tradere profiteantur, quæ iurisconsultis ipsis ne quidẽ vnquam suspicari in mentem venit. Quod si hæc tàm multa quę ipsi comminiscuntur, recipiamus vestimenta, non video cur non & alia quàplurima nos ipsi adijcere possimus, atq; hanc tàm insignem eorum theoricã locupletare; Vt. n. ipsi dicunt pollicitationẽ vestiri rei principio, quia post rem cœptam pollicitatio efficax redditur, & propterea ex hoc diuersum statuũt vestimentum, ita nos inter cæ
24 tera statuemus vestimentum incendij, item vestimentum terræmotus; nam his quoq; rebus pollicitationes efficaces fiunt l. ob casum l. propter incendium. ff. de pollicit. Quocirca sicut nemo non rideret qui hęc duo vestimenta, nimirum terremotus, & incendij inter alia vestimenta audiret connumerari; eadem ratione concludere possumus ridenda esse alia vestimenta, quę pręter illa duo primò loco à nobis connumerata, à nostris doctoribus afferuntur.

ARGVM.

QVid frequentius à nostris receptum sit quantum ad obligationes quæ ex conuentionibus oriri feruntur, tàm simplicibus, quàm reciprocis, siue (vt vulgò interpretes dicunt) correspectiuis.

1 Quin ex conuentionibus transeuntibus in proprium nomen contractus verę & efficaces oriantur obligationes, ineptũ est dubitare.
2 Quęstio de manu Regia illi quæstioni maximè affinis est, vtrum ex pactis nudis oriatur naturalis obligatio.
3 Quæ totius ordinis ratio futura sit in his quæstionibus tractandis.
4 Duplex naturalis obligatio.
5 Solam æquitatem fidei seruãdę posse inducere naturalem obligationem frequentius receptum est.
6 Effectus illius obligationis quæ oritur ex fide præstita.
7 Legitimę conuentionis exempla.
8 Retentioni, vel compensationi, vel exceptioni de non petendo quãdo sit locus
9 Ex alio etiam fonte præterquàm ex fide pręstita exceptiones oriuntur.
10 Pro pactis nudis manum Regiam præstari consueuisse, quibus potissimum rationibus Doctores demonstrent.
11 Pretor æquitatis custos, ac propugnator.
12 In c. 1. extra de pactis non rectè probatur pactum nudũ iure Pontificio prodesse ad actionem.
13 Qui sint qui negant pacta nuda per manum Regiam fuisse ad agendũ efficacia.
14 Ex conuentionibus quoq; correspectiuis oriri naturalem obligationem frequentius receptum est.
15 Communis inductio l. iurisgentium in princ. vers. sed & si ff. de pact.
16 Debilior vulgò creditur esse obligatio naturalis quę oritur ex conuentionibus, correspectiuis, quã quæ ex simplicibus
17 Eius debilitatis effectus.
18 Eiusdem debilitatis quę causa afferatur, & quæ sit ratio diuersitatis inter pactũ simplex, & correspectiuum.
19 Pruritus in hac materia se maximos sentire Fulgosius dicit.

CAPVT. VIII.

SAtis hactenus demonstratum est hæc quæ doctores afferunt pactorum vestimenta ad id quod quærimus parũ pertinere;cũ maximè hæc inter se differant,quod nudæ vel nõ nudę sint conuentiones,& quod obligationẽ vel efficacẽ vel inefficacẽ producant; Quare hoc ipsum nobis dillucidius explicandum est,ex quibus scilicet conuentionibus obligationes ,& quales obligationes oriantur ; & quoniam de illis conuentionibus quę re perficiuntur minimè dubitandum est,quin pariant obligationem & quidem eam ad petendum efficacem(vt supra diximus) ex conuentionibus eas tantùm assumemus quę sine vlla traditione fiunt; Atq; ex his quoq; eas ommittemus quæ quanuis nõ habeant συνα'λλαγμα, tamen adeò frequentes sunt adeòq; ad humanæ vitæ vsum necessariæ, vt propterea in ijs receptum sit ex nudo consensu oriri obligationem l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permut. Cuiusmodi sunt emptio,venditio,aliæq; quæ ibi connumerantur. Et Inst. de oblig. quę ex consen. nas. Si quidem hæ non minus ac conuentiones primi generis transeunt in proprium nomen contractus d. l. iu risgentiũ 1
in princ. ff. de pact. Quare vt in conuentionibus primi generis, ita in his ipsis nullus est dubitationi locus, Neq;. n. quisquam ambigit quin & hodiè ad petendum efficaces sint, & olim iure gentium manu Regia effectum sortirentur. De illis ergo conuentionibus tantũ agemus quæ solo consensu fiunt, neq; transeant in proprium nomen contractus , vnde passim nudę conuentiones dicuntur . De his conuentionibus, siue ab vna parte tantùm,siue vltrò citròq; obligationem contineant, vt quę vulgo dicuntur correspectiuæ, varias quęstiones excitant doctores cùm multis alijs in locis, tùm pręsertim in hac Rubrica. Prima est nunquid pro conuentionibus nudis manus Regia pręstaretur, quę quanuis illam pariter quęstionem includat, nunquid ex 2
pactis nudis oriatur naturalis obligatio , tamen de hac vltima perpauci dubitant, nam, excepto Perticensi, omnes propemodum admittunt oriri naturalem obligationem quoties conuentio simplex est. Secunda est quęstio nunquid pro conuentionibus nudis correspectiuis, hoc est pro contractibus innominatis ante implementum oriatur naturalis obligatio; De his enim adhuc magis quàm de simplicibus dubitarunt, quia videbant in ipsis dari pœnitentiam l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. quæ res videtur esse obligationi contraria . Tertio & illud quęritur nunquid antiquitus pro his ipsis conuentionibus correspectiuis manus Regiæ auxilium præstaretur. Quæ omnes quęstiones cum simul ita connexę sint, vt mutuo egeant auxilio, nec rectè vna sine altera explicari possit, nos ne frustra in singulis seorsum examinandis legentium animos defatigaremus, hunc ordinem seruare decreuimus. Exponemus primò quid sentiant frequentius interpretes & quantum ad manum 3
Regiam, & quantum ad natutalem obligationem . Deinde nonnullas proponemus difficultates quę ex communibus traditionibus oriuntur, quęq; ab ijs qui nostrorum interpretum vestigia sequi voluerint, rectè nunquam dissolui poterunt. Postremò his de rebus omnibus sententiam nostram afferemus. Quod attinet ad primum, summa hęc est eorum quæ nostri interpretes in hac fermè tota materia frequentiori calculo recipiunt. Considerant ipsi duplicem reperiri naturalem obligationem , quarum alteram fatentur (vt hodiè est) ita iure gentium inefficacem fuisse , de alte- 4

ra

ra verò dubitant. Inefficacem & hodie esse, & olim fuisse fatentur obligationem qua naturę instinctu tenemur parem gratiā referre iuxta l. sed etsi lege §. cōsuluit. ff. de petit. hæred. l. si verò non remunerandi §. inde papinianus in fine. ff. mand. l. si ex testamen to. §. 1. vbi Accurs. & Bar. ff. de fideiuss. Hæc enim naturæ vis monet nos quidem, atq; hortatur, sed nulla neq; actionis, neq; exceptionis necessitate adstringit, vt benefacientibus benefaciamus d. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petit. hæred. Altera verò de
5 cuius efficacia dubitatur, est obligatio illa naturalis quæ nascitur ex æquitate fidei seruandæ, cum quis alteri fidem suam promittit. Hanc dicunt oriri ex sola promissione, & ex solo pacto nudo (nudum in pręsentia accipimus, vt & ipsi accipiunt, quod non transit in proprium nomen contractus) Idq; probant nonnullis legibus quas nunc simpliciter referemus, postea in generali totius quæstionis explicatione eas accuratius explicabimus. Probant hoc primò ex l. 1. ff. de pact. quo loci ait Vlp. nihil tàm cōsonū esse si " dei humanæ, quàm fidē datā seruari. Secundo ex l. cum amplius §. is natura debet. ff. de reg. iu. Is natura debet (inquit tibi Paulus) quem iure gentium dare oportet cuius fidem sequuti sumus. Quoties verò rem quampiam nobis aliquis promisit, eius fidem sequuti videmur, vnde sequitur vt is natura teneatur. Tertiò ea ratione mouentur, quia pactum nudum dissoluit naturalem obligationem l. stichum. §. naturalis. ff. de solut. quare & pacto nudo naturalē obligationem induci concedendum est; nemo est enim quem prætereat eodem modo vnumquodq; tolli quo inductum est l. prout quisq;. ff. de solut. l. Nihil tàm naturale. ff. de reg. iur. Qui verò effectus ex hac naturali obliga-
6 tione proficiscantur, declarat Bart. in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iu. ait enim hæc ipsa pacta quæ non transeunt in proprium nomen contractus, siquidem certa lege comprobata sint, eiusmodi parere obligationem quę etiam ad agendum efficax sit, vt docet Paulus in l. legitima. ff. de pact. cum inquit. Legitima conuentio est quę aliqua lege " confirmatur, Et ideò interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel S.C. " "
7 adiuuatur. Legitimę conuentionis ea nos possumus afferre exempla, veluti cum pacto nudo aliquid donatur; vel dotis aut pignoris causa quid promittitur; aut pecunia prius debita constituitur nulla tñ verborum, solēnitate interueniente l. Ad exactionem C. de dotis promiss. l. si quis argentum C. de donat. l. 1. ff. de pign. act. vt toto tit. ff. & C. de constit. pecun. Quoties verò pactum nulla lege, aut S. C. constitutione ue aliqua comprobatur, tunc sentiunt naturalem obligationem, quæ ex tali pacto, seu conuentione oritur, ad petendum quidem efficacem non esse, sed ex ea tres effectus oriri; Et primò exceptionem retentionis; Fac mihi solutum fuisse aliquid quod nudo pacto
8 deberetur, potero ego certe illud retinere, nec poterit is qui soluit tāquam indebitum condicere, hoc. n. si faciat, repelletur exceptione ar. l. si quod dominus. ff. de condict. indeb. quæ lex cum generaliter loquatur ita accipienda erit, vt etiam promissionem nudo pacto factam complectatur: Secundo fatentur oriri exceptionem compensationis, cui tunc locus est, cum tibi petenti ex alia causa illud obijcio quod mihi nudo pacto anteà promiseras, petoque vt debitum debito compenses vt l. etiam ff. de compens. Quanquam illa lex non tàm de eo loquitur qui nudo pacto erat obligatus, quam simpliciter de quacunque naturali obligatione. Tertia est exceptio pacti de non petendo, & hæc contra illum intenditur qui promisit non petere, ac postea petit. Has porrò exceptiones generatim omnes spectasse Vlpianum credibile est, cum in l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact.

ſimpliciter dicit nudam pactionem non actionem producere, ſed exceptionem. Neq; verò tantùm oriuntur tales exceptiones ex pacto,atq; conſenſu, ſed aliunde etiam, quoties ex alio fonte quã ex cõſenſu naturalis æquitatis ratio deſumitur; vt ex eo ne quis locupletetur cùm aliena iactura. l. Nam hoc natura iuncta l. pręcedenti. ff. de condict. indeb. Qua de re videndus eſt Bart. in l. Frater à fratre nu. 29. & in l. Iulianus nu. 26 & 27. eod. tit. de condict. indeb. Verè tamen iſtæ exceptiones multo frequentius ex pactis oriuntur; ſicq; pacta nuda quæ nulla lege adiuuantur in hoc tantum volunt Doct. eſſe efficacia quòd exceptionem pariant, nã quantum ad agendũ nullam eorũ efficaciam eſſe perſpicuum eſt, d. §. igitur nuda l. iuriſgentium. ff. de pact. Atq; hęc omnia ex ijs quas nunc habemus ciuilibus legibus eliciunt. Quid verò iure gentium ante conditas leges ciuiles ſeruaretur in his conuentionibus, quę non tranſeunt in propriũ nomen contractus, & an ad petendum efficaces eſſent, ita vt pro illis præſtaretur manus Regia, maxima apud ipſos interpretes controuerſia eſt; Communis ſententia eſt affirmatiua, in qua ſunt Bald. nouellus hìc, Soc. Rip. & cæteri etiam vbiq; tùm antiquiores tùm recentiores, præter nonnullos quos paulo poſt referemus. Hanc opinionẽ qui tuentur, mouẽtur ex eo quia pactũ, quãuis nudũ, iure Pontificio ad agendũ valere exiſtimant, idq; probant ex c. 1. extra de pact. vbi ex Concilio Aphricano leguntur hæc verba Antigonus epiſcopus dicit & infra, Aut inita pacta ſuam obtineant firmitatem, aut conuentus, ſi ſe non conhibuerit, eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam Dixerunt vniuerſi, pax ſeruetur, & pacta cuſtodiantur. Si ergo iure Pontificio pacta nuda efficacia fuiſſe ponamus, idem iure gentium fuiſſe concedendum erit; id enim maxime agunt Pontifices vt ſeruetur æquitas iuriſgentium c. dilecti extra de iudic. Prætereà ex eo quoque argumentantur hìc quidam recentiores, quia cùm ex pactis nudis oriatur naturalis obligatio (id quod fermè omnes vt compertiſſimum ponunt) iniuſtiſſimi fuiſſent Reges, ſi hanc obligationem irritam eſſe voluiſſent, ac non pro ea manus Regię auxilium fuiſſent impertiti. Quod tamen credendum non eſt, cum imò potius pro iuſtitia principis pręſumatur c. cum noſtris. de conceſſ. pręb. c. eſtote miſericordes. extra de reg. iu. Verùm hæc duo argumenta facile tolluntur vno Prætoris exemplo, qui ope exceptionis tantùm vult ſeruari pacta, ac quantum ad actionem ea irrita relinquit; neque ob id tamen prætorem vt iniuſtum quiſquam damnabit, quem paſſim iuriſconſulti vt æquitatis cuſtodẽ, ac propugnatorem maximè commendãt, iuxta l. quod Epheſi. ff. de eo quod cert. loco. Ex hoc tolli poteſt quod primò dicebatur iure Pontificio, quo ſeruatur æquitas iuriſgentium, pacta nuda cuſtodiri d. c. 1. extra de pactis, Nam & prætor pacta ſe ſeruaturum pollicetur, & tamẽ pacta iure pręторio ad agendum efficacia nõ ſunt. Quare verba quoque illa, ſuam obtineant firmitatem, quæ leguntur in d. c. 1. extra de pact. ita accipi poterunt, vt pacta eandem obtineant firmitatem, quam iure prætorio obtinebant; Vel ſi ita accipiantur (quod verè mihi magis arridet) vt etiam quoad agendũ pacta firmitatẽ obtineant, intelligemus de ijs pactis quæ alias iure valebant, clarum eſt enim ijs verbis nihil nouum induci, cum veriſimilè non ſit tàm ieiunè, ac quaſi prætereundo ea omnia corrigi quæ de pactorum uiribus iure ciuili conſtituta erant. Hinc etiam tollitur argumentum quod ſecundo loco afferrebatur; neque enim magis Princeps, quam Prætor hac in re iniuſtitię nomine argui poterit; & tamen Prętor pro pactis nudis actionem non concedit. Imò facile poteſt hoc argumentum retorqueri, nam ſi fatentur omnes prætorem habere ante oculos ęquitatem iuriſgentium,

tium, cum nihilominus perſpicuum ſit iure prætorio pacta nuda ad petendum nihil
prodeſſe,eodem modo non abſurdè dici poterit,etiam iure gentium pacta ad petendũ
fuiſſe inefficacia; Qua ratione, aliiſq; ſimilibus adducti nonnulli à communi ſententia
13 receſſerunt,ac potius negatiuam amplexi ſunt, Alex. in l. iuriſgentium.§.ſed cum nulla
in fine.ff. de pact. Ruinus,& Alciatus hìc,Purpuratus in l. Legem C. de pact.ſed tamen
affirmatiua (vt diximus) communiori calculo recepta eſt. Hæc ſunt quæ de conuentio
nibus nudis noſtri interpretes tradunt. Quod attinet verò ad correſpectiuas dubitant
primò nunquid pro hac ipſa naturali obligatione (ſi ex conuentionibus correſpectiuis
illam oriri concedamus)iure gentium manus Regia pręſtaretur. Naturalem obligatio-
14 nem oriri tradunt Accurſ. & alij in l. Petens C. de pact.& hæc opinio frequentius rece-
pta eſt, vt Socin. hìc animaduertit num.8. & Ripa num. 41. licet contrarium ſentiat
Bald. in l.petens C. de pactis. Ea verò potiſſimum ratio eſt qua communem hanc ſen-
tentiam defendunt, quia ſi conuentio ſimplex producit naturalem obligationem
etiã de correſpectiua idẽ affirmandum eſt;ſiquidem hoc ipſum quod correſpectiua ſit,
non eſt impedimento, quominus oriatur obligatio; cum etiam emptio, venditio, lo-
catio, conductio,correſpectiuę ſint, & tamen iure gentium obligationem pariant.Nec
quicquam eos mouet,quod eiuſmodi conuentiones veſtitæ ſint,quoniam dicunt æqui
tatem iuriſgentium hæc non noſſe veſtimenta, Ideoque ſatis eſſe quod probatum ſit,
hac ipſa qualitate quod conuentiones correſpectiuę ſint, naturalem obligationem nõ
impediri: Adducunt inſuper l. iuriſgentium in princ. verſ. ſed etſi.ff. de pact. quo lo-
15 ci ait Vlp. ſi tibi aliquid dedi vt tu mihi contra aliud des vel facias,oriri ciuilem obli-
gationem,ſicq; videtur apertè ſentire anteaquam quicquam datum eſſet, vllumue
implementum interceſſiſſet,fuiſſe ortam naturalem obligationem, cum præter ci-
uilem (vt efficax oriatur actio)naturalem quoque obligationem adeſſe ſit neceſſarium;
Et quanuis ad hoc argumentum reſpondeat hìc Socin. exiſtimat tamen illud pluri-
mum vrgere; ideoque a communi opinione non recedit, ac demùm ipſe quoque con
cludit, ex conuentionibus correſpectiuis naturalem obligationem oriri. Adhibet ta-
men ipſe Socin. quandã declarationẽ, quam & alij poſteà frequentius probarunt; Ait
16 enim naturalem hanc obligationem in cõuentionibus correſpectiuis debiliorem eſſe,
cum reciproca ſit, & à neutra parte per ſe ſubſiſtat, ſed vtrinque aliud quippiam reſpi-
ciat, Idq; impedimento eſſe quominus effectus illos producat, nimirum retentionis &
compenſationis, qui ex naturali obligatione oriri ſolent; non ſecus ac ſoleat in nobis
ipſis debilitas, & ægritudo ipſius corporis operationes impedire. Fecit autem hęc cau-
17 ſa, vt de his magis,quàm de ſimplicibus conuentionibus fuerit hoc dubitatum, nun-
quid ſcilicet pro ipſis iure gentium manus Regia pręſtaretur.Nam cum ſint debiliores,
atque ob id non pariant exceptionẽ,ſed pœnitentiam admittant,pugnaſſent ſimul hęc
duo,potuiſſe promiſſorem pœnitentia ductum propoſitum ſuum reuocare,Et me nihi
lominus cui fuerat promiſſum, ad promiſſionem implendam compellere illum potuiſ-
18 ſe. Eam verò inter pactum ſimplex, & reciprocas illas conuentiones, ſiue contractus
innominatos ante implementum,diuerſitatis rationem aſſignat Socinus,quia ex ſimpli
ci pacto pura, et ſimplex oritur naturalis obligatio, ineſtque illi ſimpliciter æquitas
ſeruandæ fidei, iuxta l. 1. ff. de pact. Ex contractibus verò innominatis quę oritur na-
turalis obligatio, ea nõ ſimplex,ſed correſpectiua eſt;in ijs enim cum tibi aliquid pro-
mitto, non promitto ſimpliciter, ſed vt tu contra aliquid des, vel facias. Anteaquam

igitur impleam ego pro parte mea, quoniam non adhuc ſeruaui quod promiſeram, nulla æquitatis ratio poſtulat, vt tu contra mihi fidem ſeruare compellaris; quin potius contrarium æquius videtur, vt quandiù à me tibi ſatisfactum non fuerit, tu quoque ab 9
omni promiſſionis vinculo ſis ſolutus, ar. l. qui fidem .ff. de tranſact. l. Ædiles in fine vbi Accurſ. ff. de ędil. edict. l. cum proponas 2. C. de pactis Vnde etiam Socin. Iun. hìc num. 92. & Marcellus Berengutius col. 2. hanc negatiuam opinionem magis probant. Sed tamen contrariam ſententiam cęteri interpretes communiori calculo recipiunt, vt Bald. Nouellus hìc, quem ſequuntur Ripa, Crotus, Galiaula, & Leonius, eamq; defendit Fortunius Garzia in l. iuriſgentium in princ. ff. de pact. Ad illud quod de pœnitentia afferrebatur, reſpondet hìc Ripa num. 42. eſſe quidem locum pœnitentiæ in ſpecto iure, ciuili, quod ius conuentiones nudas haudquaquam probat, ſed nos de iure gentium loqui, & de iure Pontificio, quibus iuribus etiam naturalem tantùm obligationem ſeruari receptius eſt. Parum quoque exiſtimat Ripa mouere illud nos debere, quod ſecundo loco dicebatur, non ſimplicem, ſed correſpectiuam tantùm æquitatem adeſſe, quæ fidem datam ſeruari poſtulet, cum nulla planè ratio ſit, cur ſi paratus ego fuero illud implere quod tibi promiſerim, nō debeam à te inuicem impetrare, vt datam mihi fidem obſerues, Siquidem hac mea oblatione totum illud tollitur in quo talis conuentio tanquam correſpectiua debilior dici poterat. Itaque ceſſat ratio illa impedimenti quam conſiderat Dioclet. in l. cum proponas 2. C. de pact. Hæc eſt ſumma eorum quę de nudis conuentionibus tàm ſimplicibus, quàm correſpectiuis noſtri interpretes concludunt; Nos enim potiores rationes tetigimus quibus ipſi ſingulas concluſiones probāt, conſultò alia prætereuntes quæ ab ipſis afferuntur, ne in ijs recenſendis inanem operam ſumeremus. At neque his quæ diximus (vt opinor) illi acquieſcent qui aliquanto perſpicaciores erunt, & hanc rem totam aliquanto attentius conſiderabunt, quemadmodum ſubtilis Fulgoſius non acquieſcit. Quanuis enim ipſe veritatem nulla ex parte, iudicio meo, fuerit aſſequutus, difficultates tamen quę hac in re maximæ inſunt, nequaquam illum latuerunt; Vnde in l. ſi pecuniam .ff. de condict.
ob cauſ. ait ſe in hac materia pruritum maximum ſentire, atque ibidem ſubijcit eam 19
difficilē admodum eſſe, ideo q; ſubtilium, ac ſpeculantium hominum ingenijs maximè conuenire.

ARGVM.

EXcommunibus ſententijs varias oriri difficultates, inter quas potiſſimam illam eſſe, quod non ſatis conſtare poſſe videtur, vnum ex nudo pacto oriatur vel non oriatur naturalis obligatio; cum neutra pars videatur recipi poſſe quin ex ea multa ſequantur, quæ abſurdiſſima ſunt.

1 Multis legibus, & rationibus videtur probari poſſe ex nudo pacto non oriri naturalem obligationem.

2 Eſt interdum cum fideiuſſor non obligetur ad illud quod nudo pacto promiſerat is quo intercedit.

3 Non facilè concedendum, vt id exigat ratio naturalis, quod lex ciuilis irritum eſſe patiatur.

4 Leges ciuiles ideò inuentæ, vt ius tuum naturæ ſaluum ſit.

5 Vbi deſit animus obligandi, ibi quoque æquitatis vinculum deeſſe neceſſe eſt.

6 Duriſsimum illud eſt, cur Prætor ex pacto nudo agi poſſe non concedat, ſi demus ex eo naturalem obligationem oriri.

7 Declaratio edicti de pactis ex Socino.

8 Datur actio ex pacto nudo, quoties alioqui

quin indebite quis damnũ pateretur.

9 Sunt qui credant absolutè etiam in modũ actionis per edictũ Prætoris pacta nuda seruari.

10 Prædicta opinio reprobatur.

11 Ex pacto nudo actionem oriri à iurisconsultis absurdum iudicatur.

12 Opinio nonnullorum existimantium neque etiam naturalem obligationem oriri ex pacto nudo.

13 Respõsio Franc. Con. ad l. Cum amplius §. Is natura debet .ff. de reg. iur.

14 An ne æquitas patiatur semper eum qui promisit ad præstationem vrgeri.

15 Alia argumenta quibus videtur probari communis opinio, ex pacto scilicet nudo naturalem obligationem oriri.

16 Possit ne exceptio pacti aliunde oriri, quam ex obligatione fidei seruandæ.

17 Declaratur l. si cum fundum .ff. de pact.

18 Pactum ex interuallo adiectum non inest contractui ex parte actoris.

19 Non potest constitui quod non antea saltem naturaliter debitum fuerit.

20 Nouatio quoque recquirit naturalem saltem præcedere oblgationem.

21 Nouari potest quod nudo pacto promissum erat.

22 Solo iure ciuili Romanorum inductum est, ne ex nudo pacto peti possit.

23 Opinio Tornielli, qui fatetur nudo pacto obligationem inesse, non tamen ex pacto, sed ex sola promissione vult eam oriri.

24 Prædicta opinio reprobatur.

CBPVT. VIIII.

Qvocirca nos quoque difficultates nonnullas ante omnia duximus proponendas, vt cum deinde hac in re tota sententiam nostram aperuerimus, ex prædictarum difficultatum explicatione intelligi possit, sint ne ea quæ a nobis tradita fuerint, veritati vndequaque consentanea. Ac ne sine certo ordine in his proponẽdis difficultatibus progrediamur; Dubitabimus primò circa naturalem obligationem, quam ex simplicibus conuentionibus oriri tradunt; Deinde ad conuentiones correspectiuas deueniemus; Postremò in aliis etiam materijs præter materiam conuentionum naturalem ipsam obligationem considerabimus, atque in iis quoque materijs non contemnendas difficultates reperiemus; Quod attinet ad conuentiones simplices, difficul-
1 tatem in ijs maximam faciunt multę leges, & rationes quibus videtur apertissimè probari, ex nudis cõuentionibus nõ oriri naturalẽ obligationem, contra id quod interpretes ferè omnes constantissimè affirmant; Cuius difficultatis euitandę gratia si ab hac sententia communi, & affirmatiua recedamus, in contraria sententia parum tutum prę sidium reperiemus; siquidem ibi quoque scopulos complures reperiemus, quemadmodũ posteà videbimus. Itaq; ex nudis conuentionibus nullã obligationẽ nõ modo ciuilẽ, sed nec naturalẽ oriri, primò probatᷣ hac ratione. Vbi naturalis adest obligatio ibi rectè fideiussor accedit, l. fideiussor. §. fideiussor .ff. de fideiuss. l. stichũ. §. naturalis. ff. de solut. At quod fuerit aliquid nudo, simpliciq; pacto promissum, nõ satis est vt ibi possit
2 fideiussor accedere, vt statim demõstrabimus, ergo concedendum est vbi nudo pacto promissum aliquid fuerit, ibi non oriri naturalẽ obligationẽ. Assumptum huius argumenti probatur ex l. si pro eo. §. si nummos .ff. de fideiuss. Si nummos alienos quasi tuos mutuo dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Cum solam stipulationem excludat Pomponius, non certè excludit eam speciem, cum de nummis restituendis pactum intercessit, Imò semper vel tacitè, vel expressim pactum interuenire necesse est, cum dãtur nummi eo animo, vt restituantur. Quare sententia Pomponij hoc modo erit accipienda. Dedi tibi alienos nummos, quos pactus sum mihi restitui,

ſtitui,nulla tamen verborum adhibita ſolemnitate, atque ea de re fideiuſſorem accepi; Exiſtimat Pomponius fideiuſſorem non teneri,& iccircò nullam ex eo pacto ortam eſſe naturalem obligationem, qua fideiuſſoris obligatio inniti poſſit. Atqui certè de ſolo ibi pacto poterat dubitari; Siquidem ex mutuo non eſſe ortam obligationem perſpicuum erat, cum alieni nummi dati fuiſſe proponantur, Et propterea eorum dominium in accipientem tranſlatum non fuerit, id quod in mutuo eſt neceſſarium l.2.§. appellata .ff. ſi cert. pet. Secundò contra cõmunem ſententiã illud maximè vrget, quia cũ volunt interpretes ex nudo pacto oriri naturalẽ obligationem, & illã quidem eiuſmodi, quæ olim iuregentiũ efficax ad petendum eſſet, ac manus Regiæ præſidio muniretur, illud quoque concedant neceſſe eſt, naturalis æquitatis rationem poſtulare, vt illud pręſtetur quod vel nudo pacto promiſſum eſt. Quod cum ita ſe habeat operæpretium eſſet ab ijs quærere, qui tuentur communem opinionem, cur ius ciuile irritam eſſe patiatur hanc naturalem obligationem, quàm ex nudo pacto oriri ſtatuunt; Et cur hac in re legum ciuilium conditores id ſibi in animum induxerint, vt à rationis pręſcripto recederẽt, ac naturali æquitati aduerſarentur. Neminem .n. futurum puto ſolidum virum, & intelligentem qui non hoc quammaximè abſurdum ſit iudicaturus; cum hac potiſſimum de cauſa fuerint inuentæ leges ciuiles, atque in hoc vno maximè elaborent, vt naturæ ius ſuum ſaluum ſit, & quod æquitas naturalis præcipit, inuiolatè cuſtodiatur vt in libro de lege, iure, & ęquitate pleniſſimè à nobis demonſtratum fuit. Dicet fortaſſe quiſpiam, ideò legum ciuilium conditores non feciſſe efficacem naturalem obligationem, quæ oritur ex pacto nudo, quia cum iure ciuili extet verborum ſolemnitas qua potuiſſent qui contrahunt pactum nudum veſtire, atque ea ratione efficacius conuenire, quoties ipſi hoc neglecto præſidio, nudo pacto potius conueniũt, non videntur eo animo promiſiſſe vt fidem ſuam prorſus adſtringerent. Sed aduertendum eſt hac ratio ne non modò non defendi communem ſententiam, ſed potius maximè oppugnari; Nam ſi dicis propter omiſſam ſtipulationẽ deeſſe animum obligandi, conſequens eſt vt naturalem quoque æquitatem quæ ex conſenſu oritur, deeſſe fatearis; qua æquitate ſublata nihil reliquum eſt, in quo naturalis obligatio inniti poſſit, ar. in l. ſtichum .§. Naturalis .ff. de ſolut. Sicque concluditur ex pacto nudo non oriri naturalem obligationem, contra quàm frequentius receptum ſit. Accedit præterea quod ſi ante inuentã ſtipulationẽ (quemadmodũ cõceditur) pactũ nudum ſatis per ſe fuiſſet, vt ex eo animus deliberatus promittentis colligi poſſet, nihil fuiſſet neceſſe eam ob cauſam ſtipulationis remedium inuenire; Præterquam quod cogeremur hoc modo fateri ſtipulationem non ad firmandas, ſed ad infirmandas potius conuentiones inuentam fuiſſe. Itaq; concludamus nullam eſſe rationem, cur naturalis obligatio, quam ex pacto nudo oriri ſtatuunt, à legibus ciuilibus negligi, atque inefficax relinqui debuerit; Fac verò leges ciuiles hac in re à naturali ęquitate receſſiſſe, at quam rationem aſſignabis, cur non ſaltem amplexus illam fuerit Prętor, quem ferunt ſemper naturalem rationem præ oculis habere l. quod Epheſi. ff. de eo quod cer. lo. Quocirca ipſe ſaltem debuiſſet illum audire qui quod nudo pacto promiſſum eſt pręſtari ſibi poſtulat, At hoc non facit Prætor quippe qui ex nudo pacto non actionem, ſed exceptionem tantùm concedit l. iuriſgentium .§. Igitur nuda .ff. de pact. l. ſi creditori C. eo. Vident probè ipſi quoque interpretes hoc obiectum plurimum vrgere, eiq; certatim, ſed fruſtra iudicio meo, reſpõdere conantur. Reſpondet Socinus, & negat edicto Prętoris contineri hanc diſtinctio- 7

nem

Margin numbers: 3 (beside "lud pręſtetur…"), 4 (beside "potiſſimum de cauſa…"), 5 (beside "Nam ſi dicis…"), 6 (beside "amplexus illam…").

nem inter actionẽ,& exceptionẽ,vt pro nudis cõuentionibus exceptio potius,quã actio cõpetat; Neq;.n.quicq̃ esse,vnde hoc elici possit, cùm Prætor simpliciter edictũ proponat quo pollicetur se pacta seruaturũ.Verũ existimat posteà iuriscõsultos dũ simul & ius ciuile, & Pretorũ edicta studerent conciliare,ita hoc edictũ fuisse interpretatos,vt voluerit Pretor ex iuris ciuilis tantũ præscripto, ac non alio modo pacta nuda seruare. At nemo non videt quã absurdũ hoc sit, & ab omni alienum ratione, vt Vlp. edictum prætoris explicaturus eã attulerit interpretationẽ,quæ Pretoris sententiæ non responderet,ita vt ciuiles potius leges,quã ipsius prætoris sensum inspexerit;Eòq; maximè quia cùm ius prætoriũ nõ tantũ adiuãdi, sed etiã corrigẽdi iuris ciuilis gratia fuerit adinuentũ l.ius ciuile. §. ius pretoriũ.ff. de iust.&iur. nihil fuit necesse pretorũ edicta cũ ciuilibus legibus cõciliare; Imò enim persæpè à regulis iuris ciuilis recedit ius pretoriũ, id quod uidemus fieri in bonorũ poss. contra tabulas quæ cõpetit emancipato. Quare alio modò respondet Crotus,aitq; id causæ fuisse,cur Prætor quantũ ad pacta nuda nihil ex iure ciuili cẽsuerit immutandũ,quia quanuis pacta nuda ad petendũ inefficacia sint, nemini tamen ex ea re fraus vlla fit; Nã lucrũ quidẽ creditor amittit,quod ex ꝓmissione facturus erat, sed nullũ inde patitur damnũ.Quod si damnũ forte aliquod alioquin passurus esset, ex
8 pacto quantũuis nudo daretur actio, vt liquidò probatur ex l. elegãter.§. seruus pactionis.ff.de dolo;qua lege ait ibi Bart. totã pacti nudi materiam limitari. At hęc quoq; respõsio friuola, est nã si dam⁹ pretorẽ qui omnibus in rebus æquitatẽ iurisgentiũ sibi spectandã proponit,non putasse compellendũ debitorem ad fidem prestandam quę nudo pacto data fuerit, idq; ob eam rationẽ quod nullam inde fraudẽ creditor passurus sit; Eadem hac de causa non debuerunt antiqui illi Reges eũ ad soluendũ cõpellere,qui nudo pacto promiserat; Cum ipsi quoq; eundem sibi scopũ proponerent , vt ex prescripto naturalis rationis iudicarent. Quare aut fateris æquitatem id postulare, vt ex nudo pacto efficax petitio sit,aut verò negas.Si hoc fateris, tùm nos instamus nõ debuisse pretorem ab hac æquitate recedere; si negas id postulare æquitatem, negandum est pariter ex nudo pacto oriri naturalẽ obligationem, cuius nullũ aliud preterq̃ æquitatis fun-
9 damentum est,l. stichum.§. Naturalis. ff. de solut.Sunt qui respondeant alio modo , ac falsum illud esse affirment,quod passim omnes recipiunt, iure pretorio non nisi in modum exceptionis pacta nuda seruari,quia cum absolutè pretor pacta seruaturum se polliceatur l. Iurisgentiũ.§. pretor ait.ff. de pact. non videntur ipsius verba illam tàm violentam restrictionem pati posse,vt ad exceptionẽ tantũ referantur; Eòq; presertim quia verè tunc dicitur pretor conuentionẽ aliquã tueri,atq; seruare,cum ex ea dat non tantũ exceptionem, sed etiam actionem; & ita interpretatur Paulus in l. inter cohęredes. §. 1. ff. famil. hercisc. si familię (inquit) herciscundę, vel cõmuni diuidundo actum sit, ad “ iudicationes pretor tuetur exceptiones,aut actiones dando.Possunt etiam adhoc per- “ pendi verba Vlp.in l.1.ff. de pact. vbi illius edicti de pactis naturalem esse æquitatem eo probat argumento, vt dicat nihil tàm congruum esse fidei humanę quã ea seruari, quæ inter aliquos placuerunt. At certè non seruarentur, si is cui nudo pacto promissum fuit
10 non agere, sed excipere tantũ posset. Nos tamẽ, si veritatẽ amamus, nullo modo debemus inficiari,quin pacta nuda ad petendũ inefficacia sint;Hoc enim apertissimè probãt
11 illę leges omnes, quę dicũt absurdũ esse ex nudo pacto,seu nudo cõsensu actionẽ oriri,vt l. iurisgentiũ.§. quinimò & .§.vt puta.ff.de pact. l. 1.§. permutatio.ff.de rerũ permutat. Maximèq; etiã hoccõfirmatur ex eo quia in d.l.iurisgentiũ, & in aliis omnibus legibus illius tituli nullo alio modo cõsiderãtur pacta nuda,nisi quatenus exceptionẽ producũt

H Et

Et quanuis in l. Legitima.ff. de pact. secus disponatur in pactis nudis, quæ lege, vel S.C. adiuuantur, hoc tamen non aduersatur huic sententiæ, imò illam maximè confirmat. Nam cum dicat ibi Paulus interdùm ex pacto oriri actionem, quoties lege, plebiscito, vel S. C. adiuuatur, apertè in hoc ostendit pactum nudum alioquin ad agendum nihil prodesse, sed tantùm ad excipiendum, vt disertè tradit ipse Vlp. in d. l. iurisgentium. §. igitur nuda. illo tit. de pact. Negari non potest quin hæ rationes omnes maximi momẽti sint, quarũ vitandarũ gratia tutius quis forsan existimabit sententiam negatiuam amplecti, vt dicat ex nudo pacto neq; etiã naturalem oriri obligationem. In hac opinione 12
fuit Petrus Bellaper. quem refert hìc Torni. nu. 26. Eandẽq; sequutus est Franc. Con. lib. 1. comment. iu. ciu. cap. 1. nu. 5. Ac præter leges paulò ante adductas, quæ absolute negant ex nudo pacto oriri obligationem, mouetur etiã Petrus ex l. si vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pact. quo loci Paulus à stipulationibus pacta ita disiungit, vt dicat in stipulationibus ius contineri, in pactis verò nudum factũ versari; Quod cũ ita sit, rectè ex hoc videtur inferri pactis nullam inesse obligationem, cùm obligatio non facti sed iuris sit, vt ex ipsius definitione apertissimè constat. Et secundum hanc interpretationẽ possemus illam l. 1. ff. de pact. ita intelligere, vt dicat æquũ esse pacta seruari eo modo quo prętor illa seruari iubet, hoc est excipiendo, non agendo. Et hoc modo non probabũt verba illius legis pacta nuda tantum æquitatis habere, quantum ad naturalẽ obligationem inducendam satis esse possit. Neq; huic sententiæ aduersabitur quod tradit Paulus 13
in l. cum amplius §. Is natura debet. ff. de reg. iur. natura eũ debere, quem iure gentiũ dare oportet, cuius fidem sequuti sumus; nam respondet ad hoc Franc. Connanus, non semper posse nos dici illius fidem sequutos, à quo nobis aliquid promissum sit, sed ita demũ cum ab eo persuasi tantam eius dictis fidẽ habuimus, vt damnosum nobis futurũ sit, nisi ea fiant quæ promissa fuerunt. Verũ si quid nudo pacto, ac sine vllo titulo nobis ab aliquo promissum sit, quanuis eius verbis persuasi damnũ aliquod passi fuerimus, tamen nõ tã ipse in culpa est, qui vanitatẽ adhibuit promissionis, quã nos ipsi qui ei simpliciter, ac nulla de causa pollicenti temere credidimus; Sæpenumero enim eiusmodi promissiones leuiter, ac parũ consideratè in vulgus iactantur, sæpèq; etiã ab ostentatione potius, quàm à voluntate proficiscuntur. Quare promissorẽ semper ad præstationẽ vrgere, nihil aliud esset, quã alienis fortunis verborũ plagas intendere, in quas (vt 14
ipse Con. inquit) non satis prudentes, & callidi homines inciderent. Hoc verò non patitur æquitas, quę uerborum potius quã factorum ponderibus examinanda est. Ac tantò etiã magis hoc uidetur absurdũ, quia si exigerentur promissa omnia, & ad necessitatem redigerentur obligationis, nihil cuiusq̃ liberalitati, & honestati relinqueretur, nullum inter constantes, ac leues, inter ingenuos, & uersutos discrimen esset, ac nihil deniq; esset, in quo cuiusq̃ iustitia, probitas, & cõstantia elucere posset. Erũt multi fortasse, qui his rationibus assentiant, ac recepta hac sententia negatiua difficultates omnes planè sublatas esse existiment. At longè isti secus rẽ sese habere postmodò cõperient; Si quidem hìc quoq; multos scopulos offendent, quos nullo modo euitare poterunt. Vt. n. leges omnes omittam quę pro communi sententia adducuntur, scilicet l. 1. ff. de pact. l. cũ amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iu. quibus rectè responderi non posse iã demõstrauimus, aliæ leges, & rationes mihi occurrunt, quæ multò etiã uehemẽtius mihi urgere uidetur. Et primò urget illud maximè quod tradit Vlp. in l. in ijs. §. Imperator. ff. de 15
solut. ubi dum naturalis obligationis exemplum affert, eam potissimũ nobis proponit,
" quæ oritur ex pacto nudo. Puta (inquit) quædam earum ex stipulatione quædam ex

pacto

pacto naturaliter debebantur. Nec dicas ibi loqui Vlp. de vsuris in quibus pręcipuum est, vt non nisi ex stipulatione debeantur l. pen. ff. de præscript. ver. siquidem non magis hac de causa, imò verò fortasse minus deberet oriri obligatio naturalis, & tamen uidemus illam ibi oriri ex pacto nudo. Præterea contra sententiam Perticensis vrget plu
16 rimum hęc ratio, nam cum aduersus eum qui nudo pacto promisit exceptio obstet. l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. necesse est subesse aliquam obligationem, ex qua hæc exceptio oriatur. Conatur ad hoc respondere Franc. Con. lib. vlt. cap. 1. aitq; quoties ex nudo pacto oritur exceptio, semper vel traditionem interuenire, vel extare aliquem contractum, cui pactum inesse dicatur l. iurisgentium. §. quinimò. ff. de pact. ac propterea exceptionem non nudo pacto, sed vel traditioni, vel pręcedenti contractui tribuendam esse; A qua responsione non multũ videtur Hier. Tor. abhorrere dùm ait hìc in 1. col. naturalem obligationem considerari non posse, nisi sit agnita à debitore, vel traditione, vel alio simili modo. Quæ tamen responsio mihi haudquaq̃ videtur recipienda, nam videbimus interdum oriri exceptionem ex nudo pacto, licet neq; inter
17 cesserit traditio, neq; vllus contractus pręcesserit vt in l. si cum fundum. ff. de pact. Si cũ " fundum possidens (inquit ibi Proculus) conuenisset mihi tecum, vt eius possessionem " Titio traderes, vendicantem eum fundum à te, non aliter conuentionis exceptione ex- " cludi debere, quam si aut iam tradidisses, aut conuenisset mihi tecum, vt tu traderes. Fundum ego tuum cùm possiderem conuenit inter nos, ne tu eum à me peteres, sed " ego Tytio ipsum traderem; Idq; causa mea factum est, cum mea forsan interesset Tytio potius illum tradere, quàm tibi restituere; Ex hac porrò sola conuentione ait Proculus aduersus te vendicantem pacti exceptionem mihi competere, cùm tamen neq; vlli contractui insit hæc conuentio, neq; in ea traditio vlla interuenerit. Nec sanè puto dubitandum esse, quin etiam cùm præcedit contractus, ac posteà nudum pactum subsequitur, exceptio quę inde oritur nudo pacto potius, quàm contractui tribuenda sit; Nam satis
18 constat nudũ pactum ex interuallo appositum ex parte actoris contractui non inesse, vt si præter id quod mihi in contractu promissum fuerat, rursus aliud aliquid nudo pacto promittatur l. iurisgentium. §. quinimò. ff. de pact. & tamen nemo negabit, quin mihi ex hoc ipso pacto exceptio competat aduersus eum, qui me forte ex alio cõtractu cõueniret. Nam quod traditur in d. §. quinimò. pactũ ex interuallo appositum inefficax esse, non quantũ ad exceptionem, sed quantũ ad actionem tantummodo procedere existimandũ est, & ita ibi Vlp. loquitur. Tertiò oriri ex nudo pacto naturalem obligatio-
19 nem, probatur hoc argumento. Vt ex constituto aliquid deberi incipiat, necesse est illud prius naturaliter saltem debitum fuisse l. 1. §. debitum. in illis verbis, Debitũ vel natura sufficit, & l. eum qui Ephesi. §. quod exigimus. ff. de cõstit. pecun. At quod nudo pacto promissum erat, cõstitui potest, ita vt ex cõstituto deberi incipiat l. 1. in princ. ff. de cõst. pec. ergo necesse est illud anteà saltem naturaliter debitum fuisse. Quartò nouari
20 non potest, quod non saltem naturaliter debebatur l. 1. §. illud nòn interest, ff. de nouat. Sed quod nudo pacto promissum est, nouari potest, ergo naturaliter hoc debitum
21 fuisse concedendum est. Quod autem diximus nouari posse quod nudo pacto promissum erat, probatur ex l. Titius. ff. de nouat. vbi donatio nudo pacto facta ex delegatione nouatur. Hinc rectè videtur inferri, nudũ pactũ iure gentium ita efficax fuisse, vt pro eo manus Regia præstaretur. Ac demũ missis alijs omnibus argumẽtis videtur mihi pro hac opinione illud maximè omniũ vrgere, quod reperio solo iure ciuili Romanorũ in-
22 ductum fuisse, ne ex nudo pacto actio cõpeteret, vt disertè tradit Paulus lib. 2. receptarũ

ſententiarum tit. 14. qui de vſuris inſcribitur; Et hoc ipſum etiam non obſcurè inuuit
" Diocletianus in l. ſi tibi C. locati. „Nam ſi conuentio (inquit) placiti fine ſtetit, perſpi
" cis actionem iure noſtro naſci non poſſe. Cum de iure noſtro loquatur, apertè oſtendit iure gentium pactum nudum etiam ad petendum efficax fuiſſe. Habemus igitur primam difficultatem, atque illarũ omnium potiſſimam, quæ nobis in hac tota obligationum materia ſeſe offerunt. Quandoquidem videmus planè incertum, & obſcurum eſſe, vtrum ex nudis, ſimplicibusq; conuentionibus oriatur naturalis obligatio. Premũt hinc, & inde anguſtiæ, neque vllam partem poſſumus amplecti, quin multa ſtatim occurrant, quæ prorſus abſurda ſunt, & ab omni ratione alieniſſima. Torni. hìc num. 26. 23
mediam quandam opinionem ſequutus eſt, dixitque obligationem naturalem ex pacto quidem non oriri, ſed oriri tamen ex illa promiſſione, quę pacto continetur; Idq; ea ratione fieri exiſtimat quia cum quis nudo pacto promittit, non eo animo promittit vt faciat pactum, vtque ex eo pacto tanquam ex ſua cauſa oriatur obligatio, ſed ideò promittit vt principaliter, & immediatè ex ſua promiſſione obligetur, Quare ex promiſſione, non autem ex pacto oriri obligationem concludit; Sed non multos futuros arbitror, qui hanc ſententiã recipiant, ſiquidem omnibus apertiſſimum eſt, æquitatem 24
iuriſgentium qua naturalis obligatio nititur, has non noſſe tàm ſubtiles differentias, Præterea qui nudo pacto promittit (ſi modò eorum ſẽtẽtiam ſequamur, qui volũt illũ obligari naturaliter) ideò certè obligatur, quia alter conſentit; neque .n. id egiſſe exiſtimandus eſt, vt etiam ſine alterius conſenſu nihilominus obligaretur; Quod ſi ex conſenſu, ergo & ex pacto obligari voluit, ar. l. 1. in princ. ff. de pact. Qui verò contrariam ſententiam defendunt, nimirum ex nudo pacto non oriri naturalem obligationem nunquam certè conceſſuri ſunt, vt quæ non oritur ex pacto naturalis obligatio, ex ſola promiſſione oriri poſſit.

ARGVM.

IN conuentionibus pariter correſpectiuis duas extare, eaſque maximas difficultates, quas ſi noſtrorum interpretum traditiones amplectamur, nullo planè modo explicare poſſimus.

1 Declaratur l. 1. §. permutatio .ff. de re permut.
2 Obligatio in potiori ſignificatione quomodo accipienda ſit.
3 Ciuilis, & naturalis obligatio ſubiecto nõ ſemper differunt.
4 Non eſt hìc tanquam clarum illud ponendum, ex ſolo conſenſu poſſe oriri naturalẽ obligationẽ, cũ de hoc dubitetur.
5 Io. Colæ de Vicariis explicatio reprobatur.
6 Conuentiones correſpectiuæ vi ſua condicionales ſunt.
7 Cõdicio eſt impedimẽto quominus oriatur obligatio.
8 Modus conuentioni adiectus non impedit obligationem.
9 Duplex differentia inter reciprocas conuentiones, & illas quæ ſub modo fiũt.
10 Duæ ſunt poſitiones in hac materia quæ maximè inter ſe videntur pugnare.
11 Falſo exiſtimat Ripa in conuentionibus correſpectiuis cõſiderari exceptiones, quæ competant contra agentem ex eodem contractu.
12 Explicatio l. iuriſgentium .§. Igitur nuda ff. de pact.
13 Actio in factum non eſt neceſſaria vbi adſit ciuilis obligatio.
14 Quod Vlp. dicit ex nuda pactione non oriri obligationem, ſed exceptionem, generaliter accipiẽdum etiam quod pactiones correſpectiuas.
15 Eadem determinatio plura reſpiciens debet

bet illa omnia æquè determinare.

16 Vtrum in conuentionibus correſpectiuis detur pœnitentia.

17 Reſponſio Baldi Nouelli ad l.ſi pecuniam ff. de cond. indeb. refertur, & reprobatur.

18 Datur pœnitentia, & repetitio, etiã ſi nihil impediat conuentionem ſeruari.

19 Etiam ſi vtriuſque interſit ſeruari quod promiſſum eſt, nihilominus tamen licet pœnitere.

CAPVT. X.

VT verò deinceps ad reciprocas conuentiones accedamus, quas correſpectiuas
noſtri vocant, in illis quoq; maximę nobis difficultates occurrunt. Adeſt primò eadem illa difficultas quam circa conuentiones ſimplices proximè excitauimus; Nam quod communiter noſtri interpretes concludunt etiam ex reciprocis conuentionibus oriri naturalem obligationem, videtur facile improbari poſſe ijs argumentis, quæ pro parte negatiua ſuperiore capite adducta fuere; quæ quidem multò etiam fortius hic vrgent. Præter illa verò alia duo ſunt quæ in correſpectiuis conuentionibus
1 tantùm concludunt. Primum deſumitur ex eo quod dicit Paulus in l.1.§.permutatio.ff. de rerum permut. permutationem ex re tradita initium obligationi prębere; rectè enim ex eo infertur ante rem traditam nullam ex ſimplici conuentione obligationem ortam fuiſſe. Nec quicq̃ nos moueat reſponſio Io. de Monte ſper. qui dicebat ibi obligationem in potiori ſignificatione accipiendam eſſe pro obligatione ciuili ar. l. 1. ff. ſi ager vectig. vel emphi. pet. Ideoq; non negari quin naturalis orta fuerit. Nam rectè huic re
2 ſponſioni occurrit hic Socin. ait. n. potiorem ſignificationem eſſe, vt intelligamus de naturali, & ciuili ſimul; Sicq; in dubio debere intelligi verbum hoc, obligatio, prout etiam accipit Accur. inſt. de lite. oblig. in princ. in ver. obligetur. Quare ſi intelligimus permutationẽ ex re tradita ſumere initiũ obligationis ciuilis, & naturalis, ſequetur ante implementũ nec naturalẽ, nec ciuilẽ obligationẽ ortã fuiſſe. Et multò magis hoc affirmandum erit, ſi retineamus illam opinionem, quam alibi nos docuimus, vt dica-
3 mus, quoties ſimul adſunt obligatio naturalis, ac ciuilis, nunquam ſubiecto differre ciuilem à naturali, ſed ciuilem dici propter legis ciuilis approbationẽ; Licet ſubiecto etiã interdum differant, nimirum quando ciuilis à naturali ſeiuncta eſt. Aliam reſponſionẽ ex ſententia eiuſdem Io. de Mont. ſper. affert hic Socin. ideò non poſſe nos de natura-
4 li obligatione intelligere id quod dicit Paulus permutationem ex re tradita initium obligationi præbere, quia cum Paulus huius pronunciati eam rationem afferat, quod alioquin abſurdum eſſet, vt diceremus ex ſolo conſenſu oriri obligationem; non poteſt hoc abſurdum conſiderari quantum ad naturalem obligationem; Sed hæc quoq; reſponſio reijcienda eſt; neq; enim poſſumus conſiderare hoc abſurdum, niſi illud prius tanq̃ exploratiſſimum ſtatuamus, de quo nos diſputamus in pręſentia, nempe ex ſolo conſenſu etiam in nudis conuentionibus naturalem obligationem oriri: Eſt & alia quędam reſponſio Io. Colæ de Vicarijs iuriſconſulti tempeſtate ſua celeberrimi, quam refert hic Marcellus Berengutius, vt non proptereà dixerit Paulus permutationem ex re tradita initium obligationi præbere, quia ante traditionem naturalis obligatio non adeſſet, ſed quia licet adeſſet, tamen ex permutatione orta non erat, cum ante traditionem verè permutatio nulla ſit. At nemo non videt Paulum ibi non permutationis, ſed obligatio-
5 nis initium conſideraſſe. Prætereà cùm dicat permutationem ex re tradita &c. apertiſſimè

mè ſentit iam permutationem eſſe,etiam ſi traditio nondùm interuenerit, ex quo fit, vt
ſi prius orta fuiſſet obligatio, rectè ex permutatione orta dici poſſet; Parumq; illud ſuf-
fragatur, quod ipſi dicunt permutationem,quatenus conſideratur ante implementum,
non accipi pro vera, & iam perfecta permutatione, ſed pro placito de permutando, vel
pro permutatione,dùm eſt in fieri;nam nihil potuiſſet ineptius facere iuriſcõſultus,quã
ſi oſtenſurus quo tempore ex permutatione verè dici poſſet orta obligatio, hoc ipſo
permutationis nomine, quod ſemel tantum vſurpat, fuiſſet abuſus,atque ad id tempus
retuliſſet quo permutationem dici poſſe non concederet. Sic videmus nullo modo in-
terpretes, quanuis plurimum inſudent, huiuſce argumenti vim euitare poſſe. Alterum
argumentum,quod contra hanc communem ſententiam maximè vrget,nec rectè mihi
videtur à Doct. tolli, eiuſmodi eſt. Conuentiones iſtę,quanuis non ſemper in modum
condicionis expreſſim concipiantur, vt tamen ſua condicionales ſunt, ar. l. item quia 6
in fine.ff.de pact. At illud ſatis conſtat,ex nulla vnquam promiſſione,ſeu conuentione
condicionali obligationem naſci, ne quidem naturalem anteaquam condicio impleta
ſit,ar. l. ſub condicione.ff.de condict. inde. l. cedere diē.ff. de verb.ſignif. Reſpondet
Socinus contractum innominatum ante implementum, ſeu conuentionem correſpe- 7
ctiuam (nam vtroque modo idem ſignificamus)non cõdicionalem eſſe,ſed modalem,
vt ipſe inquit; hoc eſt non condicionem, ſed modum continere, Modum verò non im 8
pedire quominus & naſcatur obligatio, & ipſius obligationis effectus ſequatur, vt pro
batur in toto tit. C. de ijs quæ ſub mo. & tradit Bart. in l. quibus diebus.§. Thermi
lius.ff. de condic. & demonſtrat vbi in contractibus idem concludendum exiſtimat,
quod ibi in vltimis voluntatibus diſponit Iabolenus, vt præſtita ſatiſdatione de modo
implendo id quod debetur peti poſſit. Hanc reſponſionem nos audenter reijcere poſ-
ſumus; neque enim conuentionibus illis quæ ſub modo fiunt rectè comparantur reci- 9
procæ iſtæ conuentiones, de quibus nos in præſentia loquimur. Siquidem illæ pœni-
tentiã nõ admittunt, hę verò admittunt, vt paulò poſt videbimus. Pręterea quanuis in
illis ſatis ſit præſtare ſatiſdationẽ de modo implẽdo,vt actio proponi poſſit,tamẽ in his
hoc non ſufficit, ſed neceſſe eſt eũ qui vult agere, pro parte ſua prius contractũ imple-
uiſſe. Quam differentiam diſertè tradit Bart. in d.§. Termilius. Et hęc eſt prima difficul
tas,quę nobis ſeſe offert in conuentionibus correſpectiuis, & quæ ſimplicibus quoquè
conuentionibus communis eſt, quemadmodum vidimus. Pręter hanc verò habent cõ
uentiones correſpectiuæ aliam difficultatẽ quæ nihilò minoris, quàm ſuperior facienda
eſt;Ea verò orit̃ ex duabus propoſitionibus quarũ vtraq; probatur legibus apertiſſimis, 10
atq; eæ tamẽ videtur maximè inter ſe pugnare,nec rectè à noſtris doctoribus ſimul con
ciliantur. Prima eſt, in cõuentionibus nudis correſpectiuis admitti pœnitentiam, vt re
ctè probatur in l. ſi pecuniam. ff. de condict. indeb. Reſponſiones enim omnes
quas Doctores ad hanc legem accommodant, nullius momenti ſunt, vt poſteà oſtende
mus. Altera eſt,ex conuentionibus nudis correſpectiuis exceptionem oriri,vt perſpicuè
ſentit Vlp. in l. iuriſgentium.§. Igitur nuda.ff. de pact. de cuius etiam legis intelligen
tia paulò poſt plenius agemus. Quæ cum ita ſe habeat, quid magis contrarium eſſe po
teſt,quàm licere tibi pœnitẽdo fidẽ datam reuocare,imò etiã repetere, ſiquid forte mi
hi ex ea cauſa ſolueris, & me exceptionis ope illud ipſum retinere poſſe? Ita enim acci-
piendum eſt quod ſentit Vlp. in.§. Igitur nuda.conuentiones etiam correſpectiuas pa-
rere exceptionem, vt ſi quid à me vendicetur, quod eiuſmodi conuentione aliqua pro
miſſum

missum erat, aut si ex alio contractu aliquid a me petatur, quominus à me illud auoce-
31 tur, exceptione tutus sum; Quanuis secus sentiat hic Ripa num.41. qui putat intelligendum esse de exceptione, quæ datur contra agentem ex eodem contractu innominato ante implementum. Quæ sententia prorsus absurda est, cum ex contractu innominato ante implementum nulla oriatur actio l. ex placito C. de re. permutat, ac propterea neq; exceptione opus sit, quę est actionis exclusio l. 1. ff. de except. Quoniam igitur nemo non videt has duas propositiones maximè inter se pugnare, vt tu pœnitentia ductus possis à me auocare quod soluisti, & vt ego te agētem possim exceptione summouere; in eo maximè nobis elaborandum est, vt videamus rectè nè hęc duo probentur; Nempe ex contractibus innominatis ante implemētum exceptionem competere, item in illis ipsis dari pœnitentiam ante implementum. Et quod attinet ad primum, ego mi
12 nimè dubitari posse arbitror, quin Vlp. in illa l. iurisgentiū. §. igitur nuda. cū dixit nudā pactionem producere exceptionem, pactiones etiam correspectiuas complecti voluerit, vt rectè sentit hic Baldus Noue. nu. 23. Siquidem animaduerto ego initio illius legis Vlp. id sibi explicandum proponere, quæ nam conuentiones actionem pariant, & quæ solam exceptionem. Qua in re quæcunque ipse tradit eò pertinent omnia, vt conuentionum tres quasi classes constituat. Quædā. n. sunt quæ transeunt in proprium nomen contractus, & ex his concludit semper actionem oriri; Cuiusmodi sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & cæteri similes cōtractus, qui partim re fiunt, partim solum quidem consensum continent, sed in numerum contractuum recepti sunt tanquam ad vitę vsum magis necessarij l. 1. §. Permutatio. ff. de rer. permut. Aliæ præterea sunt conuentiones, quæ vel si non transeant in proprium nomen contractus, tamen ipsis causa subest, hoc est traditio aliqua, seu cōtrectatio, & ex his quoque concludit nasci obligationem, cum & ipsis συνάλλαγμα insit; Veluti si dedero tibi rem, vt mihi aliam des, vel dedero tibi rem, vt aliquid facias (nisi fortè ex turpi causa dedero, quia tunc nulla planè oriretur obligatio) ideoque subijcitur re-
13 ctè à Mauritiano reprehensum esse Iulianum, qui in eiusmodi speciebus putabat in factum actionem à Prætore dandam esse; Id. n. minimè necessarium esse ait Vlp. cum hic adsit συνάλλαγμα ex quo sicut obligatio, ita & ciuilis actio nascatur. Alię deniq; sunt conuentiones, quę neque transeunt in proprium nomen contractus, neque causam seu contrectationem habent vllam, & ex ijs concluditur non posse constitui obligationem, quam conclusionem colligit Vlpianus in hæc verba. Igitur nuda pactio (inquit) obliga «
tionem non parit, sed exceptionem. Nemini autem dubium esse potest, quin hę nudæ «
conuentiones correspectiuæ de quibus loquimur in præsentia sub hoc tertio capite cōtineantur, sicque in illis conuentionibus includantur, quæ actionem non pariunt, sed exceptionem; nam nec transeunt in proprium nomen contractus, neque etiam in ijs vlla interuenit traditio. Quod enim futuram traditionem, ac permutationem respiciant, hoc certè non facit vt ijs propterea συνάλλαγμα insit, nisi velimus eadem ratione fateri, cæteris omnibus etiā simplicibus conuentionibus ipsum συνάλλαγμα inesse, cum nulla planè conuentio sit, quę non factū aliquod, aut futuram traditionem respiciat. Quare non magis conuentiones correspectiuæ ad contractus innominatos referri possunt, quàm pactum de deponendo ad depositum, pactum de commodando ad commodatum, aliaque itidem pacta ad alios contractus, à quibus ea Vlp. apertissimè disiunxit. Quod si dicas non rectè inferri, vt tertio hoc capite includantur nudæ conuentiones
correspectiuę

correſpectiuæ, quanuis neque in primo, neq; in ſecũdo capite contineantur, cũ potuerint eſſe prætermiſſæ. Reſpondeo nullam eſſe rationem cur Vlp. de contractibus non tantùm ſimplicibus, ſed etiam correſpectiuis loquutus ſit, & nudas conuentiones ſimplices tantùm complecti voluerit, correſpectiuas verò planè prætermiſerit. Veriſſima ergo huius cõtextus expoſitio eſt (ſentiant quicquid velint Io. de Mõte ſperel. Soc. & alij) vt dicamus hoc tertio capite Vlp. quamcunque nudam pactionem complexum eſ- 14
ſe, cũ dixit nudã pactionẽ nõ producere obligationẽ, ſed exceptionẽ. Ideoq; ex ipſius ſentẽtia concludamus, ex cõuentionibus quoq; correſpectiuis exceptionẽ oriri; Quod ex eo etiã maximè confirmatur, quia cũ illud quod de obligatione ibi ipſe tradit, non magis conueniat ſimplicibus conuentionibus, quam correſpectiuis, nimis abſurdum eſſet, ſi quod dicitur de exceptione ad ſimplices tantùm conuentiones reſtringeremus; Aduerſatur enim regula l. Iam hoc iure .ff. de de vulg. & pupill. & l. quanuis C. 15
de impub. & alijs ſubſtit. Alio modo conatur hoc confirmare Baldus nouel. hìc, ſumitque argumentũ ex ij, ſquę de legatis relictis in teſtamẽto minus ſolemni docet Bart. in l. nemo poteſt .ff. de leg. 1. quod ipſum cũ non magni momenti ſit, nos planè omittendum cenſemus. Huic verò ſententiæ nihil illud obſtare, quod de obligationis debilitate tradit hìc Soc. poſt d. Io. de Monte Spe. ex ijs intelligeť quæ nos infrà dicturi ſumus. Ex duabus propoſitionibus, quibus diximus quaſi conflari hanc totam difficultatẽ, vidimus iam primã Vlpiani verbis rectiſſimè probari. Sequitur nunc ſecũda, in conuentionibus ſcilicet correſpectiuis dari pœnitẽtiam, quam non minus apertè tradit no 16
« bis idem Vlp. in l. ſi pecuniam ff. de condict. cauſa data. Si pecuniam (inquit) ideò ac-
« ceperis, vt Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendum condicio temporis, vel
« valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiſcereris, an condici poſſit videndũ,
« Et cum per te non ſteterit, poteſt dici repetitionem ceſſare, ſed cum liceat pœnitere ei
« qui dedit, proculdubio repetetur id quod datũ eſt; &c. Non me latet in contraria ſententia eſſe authores non contẽnendos, nempè Baldum in Rub. C. de rer. permut. Ang. in l. Traditionibus in fine C. de pact. Fely. in c. 1. extra eod. tit. de pact. Bald. Noue. in hac Rubr. Sed horum ſententia videtur apertiſſimè conuinci his verbis Vlpiani proximè adductis, cũ is expreſſim dicat licere pœnitere ei qui dedit, ideoq; inferat poſſe proculdubio repeti id quod datũ eſt, quorum verborum adeò perſpicuus ſenſus eſt, vt nullam idoneam reſponſionem recipere poſſe videantur. Inter omnes reſponſiones quę ad hanc legem afferuntur, omnium maximè colorata videtur eſſe reſponſio, quam affert hìc Baldus Nouellus, cum ait pręcipuam ibi rationem ſubeſſe, cur pœnitẽtia con 17
cedatur, eam ſcilicet, quoniam ibi proponitur ex parte alterius implementum ſequi nõ potuiſſe. Siquidem condicio temporis, vel valetudinis fuit impedimento, quominus Capuam iri poſſet. Quod ſi nihil eſſet, vnde ea profectio impediretur, ac qui promiſit paratus ad eundũ eſſet, eo caſu nõ ſic videtur conceſſurus Vlp. vt liceret illi pœnitere, qui ea de cauſa pecuniã dediſſet, ita vt poſſet pro animi ſui arbitrio pecuniam datam repetere. Reijcienda tamen hæc reſponſio eſt, reijcitque illam apertè idem Vlp. in l. 3. §.
« 1. eod. tit. Vbi ſi tibi dedero (inquit) vt ſtychum manumittas, ſi non facis, aut ſi me pœ
« niteat condicere poſſum. Quibus verbis repetitionem concedit, non tantùm ſi non fa- 18
cias quod promiſiſti, verùm etiã ſi tu quidem facturus eras, ſed me pœnituit. Iſdemq; iſtis verbis tolli videtur reſponſio aliorum qui dicunt in illa l. ſi pecuniam iccircò poſſe pœnitere eum qui dedit, quia ipſius tantùm cauſa facta erat conuentio, nõ autem illius

qui

qui pecunia accepta Capuã se profecturũ promisit,ut tradit hîc Galiaula col.39.nu.183. quẽ sequutus est Ripa nu.41. Videt (inquã) hæc respõsio tolli eodẽ illo exẽplo, quod ꝓ-
19 ponit in d.l.3.§.1. Nã si dedero tibi pecuniã, ut stichũ manumittas, utriusq; interest hãc cõuẽtionẽ seruari,ac fidẽ datã nõ reuocari. Tua quidẽ interest,quia post factã manumissionẽ præter pecuniã,quã tibi fuerã daturus,ius quoq; patronatus in seruo illo obtenturus eras. Mea uerò quin referat,negari nõ põt,cũ hac ipsa de cã pecuniã dederim,vt seruũ manumitteres,quod certè non fecissem,nisi id mea aliquid referret. Atq; hęc eadẽ facti species habet in d.l.si pecuniã.§.1. ubi Vlp. ita inquit. Si seruũ quis tradiderit alicui, » ut ab eo intra certũ tẽpus manumitteret, si pœnituerit eũ qui tradidit,& super hoc eum » certiorauerit,& fuerit manumissus post pœnitẽtiã, attamẽ actio propter pœnitẽtiã cõpe » tit ei qui dedit. Itaq; necessariò cõcludẽdũ uidet,in cõuẽtionibus correspectiuis semp dari pœnitẽtiã,quãuis utriusq; intersit seruari quod promissum fuit; Id quod etiã in permutatione uidet cõcedere Paulus in l.j.§.ideò.ff.de rer.pmut.quãuis pspectissimũ sit nõ unius tãtũ,sed utriusq; causa fieri pmutationẽ. Ex altera (inquit) parte traditione fa- » cta,si alter nolit tradere,nõ in hoc agemus utiq; quod intersit nostra illã rẽ accepisse,de » qua cõuenit,sed ut res nostra nobis reddatur,condictioni locus erit quasi re non sequu- » ta. Quod tamen responsum quo pacto accipiendum sit,nos plenius infrà ostẽdemus.

ARGVM.

NOn tantùm in materia conuentionum, sed & in alijs omnibus, in quibus de naturali obligatione agitur, iurisconsultos tàm uariè, & perplexè loquutos esse, ut ex ipsorum uerbis confusio maxima primo aspectu uideatur oriri.

1 Facit ætatis defectus, ut in pupillo ciuilis obligatio non consideretur.
2 Leges quæ expressim dicunt pupillũ, nec naturaliter obligari.
3 Aliæ leges quamplurimæ, quæ contrariũ expressim dicunt, scilicet pupillum naturaliter obligari.
4 Dat naturalis obligatio,ex qua actio orit.
5 Tres effectus illius naturalis obligationis, qua seruus domino tenetur.
6 Seruum naturaliter obligari,ex iuriscõsultis alij negant alij affirmant.
7 Quantum ad obligationẽ quoq; furiosi, ac prodigi uidentur leges sibi inuicem apertissimè aduersari.
8 Ex iurisconsultorum uerbis posse dubitari, utrum fideiussor pro furioso,prodigove interueniens obligetur.

CAP. XI.

CVm adhùc nihil habeamus neq; in simplicibus, neq; in reciprocis cõuẽtionibus quod de naturali obligatione pro certo affirmare possimus,unũ illud reliquũ esse uidet, ut quo pacto in alijs materijs accipiatur naturalis obligatio cõsideremus, Sic enim fortasse & quãtũ ad cõuẽtiones ipsas quo pacto accipiẽda sit,cõmodius intelli-
1 gemus. Verùm in alijs quoq; materijs tàm incertũ est,quid de naturali obligatione concludamus,ut omni undiq; pręsidio ad ueritatẽ obtinẽdam destitui uideamur. Et primò
2 quidẽ si loquamur de naturali illa obligatione, quę sola in pupilli persona ob ætatis uitiũ extare solet, in ea nõ modo uarias,sed penè cõtrarias leges reperimus; Nã pupillum neq; etiam naturaliter obligari tradit Neratius in l. quod pupillus.ff. de condict.indeb. Quod pupillus (inquit) sine tutoris authoritate stipulãti promiserit,& soluerit, eius re »
3 petitio est, quia nec naturaliter debet. Cui sñiæ subscribit Licinius in l. pupillus,suprà » tit.ꝑx. Pupillus mutuã pecuniã accipiẽdo nec naturaliter obligat. Aduersat tñ Vlp.ĩ l.j.ĩ fin.ff.de nouat.vbi cõtra id quod ꝓximè cõclusum fuit, tãq; cõpertissimũ statuit pupillũ

naturaliter obligari,sic enim inquit. Qualiscũq; obligatio sit,q̃ p̃cessit,nouari uerbis potest,dũmodò sequens obligatio aut ciuiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris authoritate promiserit.Cũ Vlpiano sentit Paulus in l.si pupillus.ff. ad l. falcid. " ubi Si pupillus (inquit) cui sine tutore authore decẽ mutuo data sunt,legatũ à creditore " meruit,sub hac conditione, si decẽ quæ accepit hæredi reddiderit, una numeratione & " implet conditionẽ, & liberatur naturali obligatione, ut etiam in falcidiã hæredi imputentur. Aliæ itidẽ multæ leges sunt,in quibus hoc apertissimè probatur, ut in l.cum illud.§.hæres.ff. quando dies leg. ced.l.in numeratione.ff. de solut.l.ult. ff.de iureiur. l.si eius.ff.ad leg.falcid. Hinc uidemus fideiussorẽ à pupillo datũ obligari.l. stichũ.§.naturalis.ff. de solut. qui certè non posset obligari,nisi pupillus naturaliter saltẽ teneretur.§. j. inst. de fideiuss. Mirũ etiã illud est, quod uidemus hanc ipsam naturalẽ obligationem 4
qua tenetur pupillus etiã ad agẽdũ efficacẽ esse. Etenim pupillus quatenus locupletior factus est, naturaliter tantum tenẽt.l.naturaliter iuncta.l.nam hoc natura.ff.de condict. " indeb. Sed etsi cũ solus sit tutor,mutuã pecuniã pupillo dederit, uel ab eo stipuletur, " non erit obligatus tutori,naturaliter tamẽ obligabitur,inquãtũ locupletior factus est,nã " in pupillũ non tantũ tutori, uerũ ẽt cuiuis actionem inquantũ locupletior factus est,dã- " dã diuus Pius rescripsit. Quod idẽ habetur in l.3.ff.cõmodati,& in l.3.ff. de neg.gest. Verũ hoc non tantũ nostrorũ traditionibus aduersatur,qui uno ore concludunt solã naturalẽ obligationẽ ad agẽdũ nihil prodesse,sed ipsorũ etiã iurisconsultorũ sententię uidetur reclamare. Nã quorsum Vlp.in l.etiã.ff. de compens.dubitaret,an quod naturaliter debetur uenīret in compẽsationẽ, si ẽt ad agẽdũ naturalis obligatio ualeret? Et hæc quãtũ ad naturalẽ obligationẽ qua pupillũ teneri dicunt. Quod si loquamur de naturali obligatione,quæ in seruo considerari solet, in ea quoq; iurisconsulti non minus uariasse uidentur. Nam seruũ naturaliter obligari expressim dicit Paulus in l. naturaliter.ff. de condict.indeb.Naturaliter (inquit) etiam seruus obligatur. Additq; etiã tres huius 5
naturalis obligationis effectus, ut impediatur repetitio, ut fideiussor obligetur, & pi- " gnus datũ teneat. Et ideo si quis nomine eius soluat, uel ipse manumissus (vt Pompo- " nius scribit)ex peculio,cuius liberã administrationẽ habebat,repeti non poterit,& ob id " & fideiussor pro seruo acceptus obligabitur, & pignus pro eo datũ tenebitur. Ac cum Paulo planè conuenit Triphoninus in l.si quod dominus ff.de condict.indeb.Verũ ab- 6
horret hoc à sententia Vlpiani qui nullo planè modo,hoc est neq; naturaliter,neq; ciuiliter obligari seruũ existimat. Et hãc regulã generaliter nobis tradit in l.in personã.ff.de " reg. iur. In personã (inquit) seruilẽ nulla cadit obligatio. Idẽq; Vlp. in l. nec seruus.ff. " de pecul. nec seruus quicq̃ debere potest, nec seruo potest deberi,sed cũ eo uerbo abu- " timur factum magis demonstramus, &c. Nihilomagis expedita est naturalis obliga- 7
tionis explicatio, quatenus spectat ad furiosum prodigũ, & eũ cui bonis interdictũ est, Hos enim nullo modo obligari sentit Põponius in l.furiosi.ff.de reg.iur.cum ipsorũ dicit nullã uolũtatẽ esse, traditq; hoc expressius Vlp. in l.is cui,infrà eo.vbi propterea concludit nec fideiussorem obligari; qua in re tamen compertissimum est solam desiderari " naturalem obligationem. Is cui bonis (inquit) interdictum est stipulando sibi " acquirit, tradere uerò, uel promittendo obligari non potest, & ideò fideiussor pro " eo interuenire non poterit, sicut nec pro furioso. Sed mirum certè est, tàm parum hac in re constare sibi Vlp. Siquidem idem ipse in l.Marcellus.ff.de fideiuss. dicit illis qui pro eiusmodi personis intercesserint, subueniendũ nõ esse,& consequenter illos nõ tan 8
tum obligari, sed etiam ad solutionẽ cõpelli posse statuit; idemq; esse iudicat, ac si pro pupillo

pupillo fideiusfiſſent. Quod etiã Marcelli authoritate cõfirmat in hæc ueſtra: Marcellus " ſcribit, ſi quis pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato, prodigove, uel furioſo fide- " iuſſerit, magis eſſe ut ei non ſubueniatur, quoniam his mandati actio non competit. "

ARGVM.

SPectandum eſſe antè omnia, quomodo ex æquitate proficiſcatur naturalis obligatio, & quot modis ęquitas, quatenus obligationem ipſam conſtituit, conſiderari poſſit. ita enim fore ut ex his quaſi principijs facilius mox explicentur quæ tùm de nudis conuentionibus in dubium reuocantur, tùm de illis, quę ob perſonarum inhabilitatem minus efficaces eſſe ſolent.

1 Naturalis obligatio nullum aliud pręterquàm æquitatis fundamentum habet.
2 Aequitas quomodò hìc accipienda ſit.
3 Ius naturale non tàm tempore quàm rebus ipſis à iure ciuili diſtinguendum.
4 Ius politicum tàm ex naturali iure conſtat, quàm ex ciuili.
5 Pro temporum uarietate æquitas naturalis uariari poteſt.
6 Quid naturaliter debitum ſit, quilibet uir prudens iudicare poteſt, uel ſi legũ ciuilium non ſit peritus.
7 Naturalis obligatio quatenus obligat ad ſoluendũ, duob⁹ modis cõſiderari pôt.
8 Conuentiones quæ ex utraque parte continent æquitatem, & olim erant per manum Regiam, & nunc quoque iure ciuili ſunt efficaces.
9 At quæ ex parte tantùm promiſſoris continent æquitatem, ut hodie non ſunt, ita nec iure gentium ad petendum efficaces erant.
10 Legis ciuilis præſumptiones interdũ à ueritate aberrare (quanuis præter legis intentionem) contingit.
11 Literarum obligatio ſi non uerè, at ſaltem pręſumptiuè obligationem continet ab utraque parte.
12 Exempla illarum obligationum, quibus ineſt æquitas, uel ab utraque parte, uel ab una tantum.
13 Qui ædificauit in ſolo alieno non niſi per retentionem impenſas ſeruare poteſt.
14 Opas officiales libertus nõ pręſtat inuitus
15 Maritus ſoluens dotem ultra quàm facere poſſit, non poteſt poſteà repetere id quod initio non ſoluere potuiſſet.
16 Omnibus planè conuentionibus ex parte ſaltem promittentis ineſt æquitas ſeruandæ fidei.
17 Nõ ſemper æquitas ita fauet creditori, ut poſſit promiſſorem inuitum ad ſoluendum vrgere.
18 Quàm multę promiſſiones improuidè fiãt.
19 Ex cauſis, & perſonis uariè iudicat prætor an actio danda ſit.
20 Quid cõcludendum ſit in illa quæſtione, utrum antiquitus pro pactis nudis manus Regia præſtaretur.
21 Certiora olim Regum erãt iudicia, quàm nunc ciuilium legum eſſe poſſint.
22 Quæ regulæ à ciuilibus legibus quãtũ ad efficaciã cõuẽtionũ fuerint cõſtitutæ.
23 Qua occaſione inductum ſit, ex nudo pacto agi non poſſe.
24 Prætores ex æquo, & bono generales iuris ciuilis regulas moderati ſunt.
25 Pętores non radicitus tollnnt remedia iuris ciuilis.
26 Exceptionem doli malitiarum omnium uerriculum Cicero appellat.
27 Dolus olim impunitus erat, pręterquàm in bonę fidei iudiciis, & cum minor aliquis fuerat circumuentus.
28 Doli exceptio iure honorario introducta ſuggerente formulam Gallo Aquilio.
29 Pacta bifariam conſiderari poſſunt.
30 Pacta conuenta, quæ frequentius dicãtur.
31 Cur prætor ex pactis nudis deneget actionem, ac cur non pariter deneget exceptionem.
32 Diffidit ſibi Bar. rei difficultate pterritus.
33 Actionis, & retẽtionis lõgè diuerſa rõ eſt.
34 Aequitas ſeruandæ fidei, ideò prodeſt ad exceptionẽ, & nõ ad actionem, quia iniquam promiſſoris repetitionem reddit, quãuis nõ æquam faciat creditoris petitionem.
35 Quę fuerit mens Vlp. in l.j.ff. de pactis.
36 Quam prætor nobis attulerit utilitatem, cum de pactis edictum propoſuit.

CAP. XII.

CVm igitur tota hęc materia obscurissima sit, & uariis passim implicita difficultatibus, nihil rectius facere posse arbitrati sumus, quàm ut nonnulla statueremus quasi principia, demonstraremusq; ante omnia quomodo accipienda sit naturalis obligatio, & quomodo ad nudas conuentiones applicanda, ut sic commodius difficultates prædictas omnes explicare possemus. Illud nobis constitutum esse debet, & in tota hac disputatione omnium maximè præ oculis est habendum, quod & cæteri omnes concedunt, naturalem obligationem nullum aliud quàm æquitatis fundamentum habere; Atque hìc cum dicimus ęquitatẽ, non eam tantum intelligimus, quæ ad legitimi iusti emendationem adhibetur, sed æquum appellamus quicquid fides, probitas, & honestas suadet, & quod iustitię, rationiq; naturali est consentaneum, nam & hac significatione posse hanc uocem accipi alibi docuimus. Sola uerò æquitate perfici naturalem obligationem ex eo facilè intelligimus, quia iurisconsulti, cum de naturali obligatione loquuntur, ac uel extare, uel non extare illam probare uolunt, ab æquitate semper argumentantur, & quod ęquum esse uident illud naturaliter debitum dicunt. Ita argumentatur Pomponius in l. nam hoc natura. ff. de condict. ind. ubi cum uelit probare pupillum naturaliter ad id quoque teneri, quod sine tutoris authoritate accepit, si modò locupletior factus est, ideoq; solutum repetere non posse, utitur hac ratione. « Nam hoc natura (inquit) æquum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem. Facit hoc idem Vlp. in l. si noxali. ff. de pecul. cum in fine illius legis ita inquit. « Et puto uerã Iuliani sententiam, naturalia enim debita spectamus in peculij deductione. « Est autem natura ęquum liberari filium, uel seruum obligatione eo quod indebitum ui- « detur exegisse. Ita etiam argumentatur Papinianus in l. stichum. §. naturalis. ff. de solut. ubi naturalem obligationem iusto pacto tolli ex eo probat, quia uinculum æquitatis quo illa solo sustinebatur, conuentionis æquitate dissoluitur. Nos igitur in hac tota tractatione cum de naturali obligatione loquemur, id potissimum spectabimus, quid æquitati hoc est rationi, natutaliq; iuri consentaneum sit. In quo tamen aduertendum est, ius naturale non illud tantum nos intelligere, quod ante ius ciuile seruabatur, siquidem hodie pariter uiget in nobis, semperque uigebit ratio illa naturalis, quę tacito quodam monitu nobis pręscribit quid agendum, quidve contra fugiendum sit, & quę sola ius naturale constituit, Vnde fit, ut hodie quoque ius naturale, licet multis in rebus concurrat, cum iure ciuili, tamen verè ab ipso distinctum sit. Itaque rectè Aristoteles lib. 5. Ethic. cap. 7. ex utroque iure nimirum ciuili & naturali statuit constare ius politicum. Hac de causa nos primò naturalem obligationem ex iusto ipso naturali atque

(margin numbers: 1 beside "tum habere"; 2 beside "hibitas"; 3 beside "est, ius naturale"; 4 beside "ius politicum")

atque ex naturali æquitate metiemur, neque ulla tempora distinguemus, sed quia non
5 negamus pro temporum uarietate naturalem æquitatẽ aliud,atque aliud exposcere,pro-
pterea ostendemus inferius, cum hanc nostram theoricam ad prędictarum difficultatũ
solutiones applicabimus, num naturalis illa obligatio quæ iure gentium uigebat, post
leges ciuiles inuentas aliqua ex parte fuerit immutata. Maneat igitur hoc in primis,ac fir
missime semper retineatur, naturalem obligationẽ ex æquitate, rationeq; naturali de
sumendã esse,ac propterea cũ quærimus,an naturaliter aliquid debitũ sit,non esse neces-
6 sarium eũ consulere,qui legum ciuilium peritus sit; cum hac in re uel alterius cuiuscun
que iudicium plurimi sit,faciendum qui modo uir prudens, ac solidus sit, eaque non
ignoret quæ ad uiri boni officium pertinent. Aliud præterea nobis constitutum esse de
bet, hanc ipsam scilicet æquitatem naturalem,quatenus obligat ad aliquid soluendum
duobus modis considerari posse, Interdum enim ab utraq; parte adest ęquitas,hoc est
7 non tantum mihi ut soluam præcipit, sed tibi etiam permittit, ut me uel inuitum ad so-
lutionem urgere possis; uereq; utplurimum ita euenit, ut quoties ex parte creditoris
adest ęquitas, adsit etiam ex parte debitoris quanuis non ita è conuerso res sese habeat
ut postea uidebimus; Interdum uerò postulat quidem æquitas, atque ratio,ut aliquid
soluam, sed tamen non patitur, ut tu ipse petere à me possis,ac me cessantem compel-
lere ad soluendum,quin à uiri boni officio recedas, atque ab omni honestatis semita de
clines. Primo huius distinctionis capite,quando scilicet extat æquitas ab utraque parte,
minimè dubitandum est quin perfecta inducatur obligatio, omnibusque(ut ita dicã)
suis numeris absoluta, atque hoc modo in mutuis hominum commercijs considera-
mus obligationem, cum obligari aliquem dicimus. Hoc modo etiam iure gentium
obligatio æstimabatur, ut ex infra dicendis apparebit, atq; ut hodie est, ita olim quoq;
ad petendum efficax erat. Neque uerò certius ullum argumentum est, ex quo possit in
telligi,an adsit hinc & inde ęquitas, & an iure gentium obligatio efficax esset, quàm ut
uideamus, num ex tali obligatione iure ciuili actio concedatur. Etenim quamcunq;
8 cõuentionis speciem proponas, si in ea concedas,nõ modo postulare ęquitatem, ut ego
tibi soluam, uerum etiam ut tu me ad solutionem urgere possis, sicut iniquissimi olim
reges fuissent, nisi tibi ad exigendum publicæ authoritatis pręsidium fuissent imper-
titu, ita iniquissimę essent leges ciuiles, si eiusmodi obligationem ad petendum ineffica
cẽ esse paterentur. Itaque cũ hoc modo obligationem accipimus, uerissimum id esse cẽ
seo quod & Hier. Torniellus hîc nu. 14. sensisse uisus est, conuentiones omnes quæ iu-
re gentium sunt efficaces, iure ciuili pariter efficaces esse. Si quidem nullam puto cu-
iuscunque generis conuentionem reperiri quæ ab utraque parte eo quo diximus mo-
do æquitatem contineat, ex qua lex ciuilis non concedat actionem, nisi forte secus ac
ueritas sese habeat, lex ipsa pręsumat, id quod facere interdum ob malitiam hominum
probandique difficultatem necessarium esse demonstrabimus. Verùm ubi datur aliqua
9 obligatio, quęex altera tantum parte ęquitatem contineat, rectè concludi posse puto
eam nec iuregentium fuisse, neque etiam iure ciuili ad petendum efficacem esse, nam si se
cus disponeret lex ciuilis, à naturali iusto proculdubio aberraret, in cuius tamen con
seruatione legum ciuilium munus omne expletur. Neque enim si leges ciuiles præsu
mendo nõnũquã à ueritate recedũt(quod ut interdum contingat rerũ ipsarũ obscuritas
facit)iccircò à naturali ęquitate recessisse existimari debent. Vt ecce lex pręsumit ueram
10 uoluntatem non continere, ac consequenter naturali æquitate nõ foueri illud testamen-
tum,

tum,in quo non fuerint septem testes adhibiti.§. sed cum paulatim inst. de testament. vt nec donationem quæ quingentos solidos excedat, si absque insinuatione facta fuerit l. penul. C. de donat. Et hoc sanè rationem maximam habet, quia cum legum ciuilium conditores generales regulas tradituri essent, atque in singulis speciebus naturalem æquitatem expendere non possent, ut tutiorem partem sequerentur, necessariũ fuit nonnullas ab ipsis reijci obligationes, quę ut plurimum captiosæ sunt, quamuis & illæ interdum ab utraq; parte æquitatem naturalem continere possint. Quæ causa etiã etiam fecit, ut S.C. Macedoniano mutua à filiisfami. contracta, & Velleiano mulierum intercessiones infirmarentur. Verùm ubi hęc una ratio non obstet, semper uidebimus legem ciuilem eas obligationes amplecti, atque ex ijs actionem concedere, quæ utrinque naturali æquitate muniuntur. Quemadmodum & ex contrario uidebimus iure ciuili inefficaces esse illas obligationes, quæ ab una tãtum parte continẽt ęquitatem, Cuius rei eadem planè ratio est, quia si legum latores ex eiusmodi obligationibus actiones concederent, naturali rationi, atque æquitati aduersarentur, quæ tunc non patitur promissorem ad soluendum compelli. Etenim si fidem non seruet qui eo modo obligatus est, meritò quidem cùm a theologis tùm etiam à philosophis qui de recta uiuendi ratione præcepta tradunt, reprehendi poterit tanquam uiri boni officio parum functus, sed certè à iudice ut promissum soluat compelli nullo modo debebit. Nec contra obijciatur, qui uere pecuniam non numerauit post biennium semper utiliter agere, si numerationis apocham ostendat, cum tamen hanc ipsius petitionem nulla foueri æquitate exploratissimum sit; Nam eadem hîc quæ superius responsio adhibẽda est, 11
ut dicamus hoc ideò cõstitutum esse, quia lex credit pecuniam fuisse numeratam; Quę numeratio si uere facta fuisset, nemo dubitaret quin pecuniam numeratam restitui iustissimum esset. Fecit autem hominum improbitas, ac simul etiã probandi difficultas, (cum nemo prope futurus esset qui pecuniæ non numeratæ exceptionẽ nõ opponeret, atque ob id ipsam numerationem factam probare difficilimum esset) ut certum aliquid tempus constituere necessarium fuerit, quo elapso numeratio facta crederetur. Atque eadem hac de causa factum est, ut sententię crederetur, & iuramento l. qui Romę §. duo fratres inf. co. et §. si quis postulante inst. de actio. Quo fit ut actiones quæ ex his causis oriuntur, ęquitate omni destitutæ dici non possint. Primi capitis exempla, cum 12
.s. utrinq; æquitas adest, ex illis obligationibus desumenda sunt, quę oriuntur ex cõtractu, uel quasi contractu, ex delicto uel quasi delicto, uel lege ipsa inducũtur, ut in l. obligamur. ff. de act. & oblig. Et si quæ alia sunt quæ uel gentiũ uel ciuili iure ad agẽdũ efficaces sint. Nã & iuregẽtiũ ita demũ dare debitorẽ oportebat, si utrinq; ęquitas extabat, neq; aliud credimus sensisse Paulũ in l. cũ amplius §. Is natura debet ff. de reg. iu. ut fusius posteà ostẽdemus. Secundi porrò capitis sumi possunt exẽpla ab illis oĩbus obligationibus quæ ad agẽdum inefficaces sunt, (quãquã illæ minus propriæ obligationes sunt, ac cum eas hic appellamus, obligationis potius nomine abutimur l. fideiussor §. fideiussor .ff. de fideiuss.) Siquidem non tantum æquitatis habent, quantum ad perfectè obligandum satis est, sed quia nõ prorsus ęquitate carent, effectus ęquitati illi conformes tribuũt ipsis ciuiles leges, quos suo loco referemus. Appellantur uerò passim naturales obligationes, tametsi longè minus ijs natura suffragatur; Quod qua ratione fiat, haud multò post aperiemus. At ex singulis legibus satius erit aliquot exempla proposuisse, ex quibus clarius perspiciatur, cuiusmodi sit hæc obligatio, in qua non utrinque, sed ab una tan

tum

tum parte æquitas elucet. Fac ergo me ædificasse in solo tuo, prout in illa facti spetie
13 quam proponit Iulianus in l. si in area. ff. de condict. indeb. Cum tibi ratione soli ædificium acquiratur, æquitas quidem postulat, ut impensas meas mihi restituas, At si tu facere id recuses, æquitas non patitur, ut ego has ipsas impensas ab inuito exigere contẽdam, cum haudquaquã te rogante, sed sponte eiusmodi impensas fecerim, nec negotiũ planè ullum tecum contraxerim. Verùm quoniam respondet tibi Iulianus eas me per retentionem seruare posse, necesse est earum aliquam obligationem esse l. naturaliter supra tit. prox. & l. fideiussor §. naturales. ff. de fideiuss. Sic uidemus dari obligationem cui non utrinque, sed ab una tantum parte æquitas inest. Aliud potest exemplum afferri, quod est eiusmodi. Cum ego seruum manumisi, honestatis ratio postulat, ut operas
14 ras officiales is mihi prꝫstet, à quo tãtum beneficium accepit. At me nunquam uiri probi, & honesti laudabunt, si inuitum illum, ac recusantem ad operarum prꝫstationẽ urgere uoluero. Propterea uidemus libertum ipsum obligari quidem ad operas officiales, ut docet Vlp. in l. si non sortem. §. libertus. ff. de condict. indeb. sed hanc obligationẽ (ut quæ non utrinque æquitatem continet) ad agendum inefficacem esse, ac retinendi tantum facultatem præstare, ut ibidem Vlpianus inquit. Demonstratur etiam idipsum hoc exemplo. Maritus qui post solutum matrimonium dotis nomine conuenitur, soluendo non est, hoc est nõ cõmode dotem acceptam restituere potest; Si is me consulat, quid hac in re uirum bonum facere deceat, ego semper eum monebo, ut quod debet uel cum maximo suo incommodo soluat; si uero roget me mulier quid faciendum illi sit, ut probæ, ac bene moratæ uxoris officio fungatur, nunquam ipsi author ero, ut eũ qui sibi paulò ante maritus fuerit, ad soluendam dotem importunè urgeat, si illum propterea uideat ad eam inopiam redactum iri, ut non commodè amplius aut ex ipsius di
15 gnitate uiuere possit. Quoniam igitur obligatio qua tunc tenetur maritus non undequaque continet ꝫquitatem, propterea actionem parere non potest, sed tantum repetitionem impedire. l. Nam & maritus ff. de condict. indeb. Nam & maritus (inquit « ibi Vlp.) si eum facere nihil posset, dotem soluerit, in ea causa est, ut repetere non possit. «

His ita præmunitis, ut hæc quꝫ de obligatione hactenus diximus, ad nudas conuẽtiones referamus, de quibus potissimum agere nobis propositum est. Primum omnium illud statuimus (quod & ab aliis omnibus facilè concessum iri putamus) æquitatem quã ex parte debitoris considerauimus, quæque ipsum debitorem ad soluendum hortatur
16 omnibus planè conuentionibus quantumuis nudis semper inesse. Nam siue deliberato animo aliquid promiseris, siue improuidè, aut simulatè, aut per ostentationem, semper æquum est te fidem datam seruare, neq; ulla ratio est, nullus color, cur promissis deesse honestè possis. Docet hoc Vlp. in l. 1. ff. de pactis & in l. 1. ff. de constit. pecunia, cuius uerba hoc tantum respectu accipienda esse, ex ijs quæ infra dicturi sumus apertissi
17 me constabit. At non ita absolutè hoc affirmari potest quantum ad illam æquitatẽ quã ex parte creditoris ad perficiendam obligationem diximus adesse oportere. Nam quanuis illa uel in pacto nudo adesse possit, tamen est interdum, cum nulla honestatis ratio patiatur, ut eum qui nudo pacto mihi aliquid promiserit, ad soluendum compellam.
18 Multæ quotidiè promissiones urbanitatis (ut uidemus) causa inconsideratè fiunt, Multa ẽt à mercatoribus improuidè iactantur, dum pelliciendi emptoris gratia res uenales gratis offerunt, ac pollicentur. Cuiusmodi promissiones omnes si quis uellet ad necessitatem reuocare, non inurbanus modò, sed & iniquus meritò habendus esset. Neque

re

enim tum quiſq; uideri poteſt promittentis fidem ſequutus, id quod ad ueram, perfe-
ctamque obligationem requirit Paulus in l. cum amplius §. Is natura debet.ff.de regu.
iur. Veruntamen fieri poteſt, ut uel nudo pacto ſerió aliquid promittatur, ac propte-
rea utrinque æquitas adſit;quod quando uel ita,uel ſecus contingat,generali regula de
19 finiri non poteſt, quare ex locis, cauſis, & perſonis uariè id iudicandum eſt ar. l. ult.
in fine,ſuprà tit.prox. Quod cũ ita ſe habeat, ex hoc optimè intelligitur (iudicio meo)
quàm inſcitè à noſtris dubitetur,nunquid iure gentium nudæ cõuentiones ad petendũ
20 efficaces eſſent, & an pro ijs manus Regia pręſtaretur. Nam ſi quęrunt quid uerè hac
in re ſeruarint Reges,quæſtio hæc certè eiuſmodi eſt, ut non noſtris hiſce diſputationi-
bus indigeat,ſed uetuſtiſſimorum potius librorum teſtimonio diiimenda eſſet, quos ta
men non extare,neque extare poſſe exploratiſſimum eſt,Si uerò quærunt quid reges ſer
uare par fuerit,& quomodo illi quantũ ad nudas cõuentiones ius dicere debuerint, de
buerunt illi proculdubio ex ęquitatis,rationiſque præſcripto iudicare,neque enim ullis
ciuilium legum generalibus regulis erant adſtricti,ſed quod in ſingulis ſpetiebus æqui-
tas dictabat,id ipſi iudicando ſibi proponebant. At iam diximus, & hoc fateri neceſſe
eſt, ęquitatem iſtam in pactis nudis non certam, & ſtabilem, ſed uariam, & incertam
eſſe,cum qui pacto nudo promiſit ad ſoluendum compelli modò æquum,modò ini-
quum ſit, ut & Vlp. animaduertit in d.l. ult. ſupra tit. prox. de act. & obligat. Quare
ſequitur ut de his ipſis pactis quę non tranſeunt in proprium nomen contractus,ex cau
21 ſis, locis, & perſonis uariè iudicarint. Ac ſanè certius hoc modo ipſorum Regum iudi-
cium eſſe poterat,quàm nunc ſit ciuilium legum,quæ non in ſingulis ſpetiebus, ſed ge- 11
neratim,ac per certas regulas uniuerſales conuentionũ ęquitatem metiuntur. Neque
enim tàm compertum,atq; omni ex parte certum eſſe poterit, quãtum aut uini, aut fru
menti quotannis in hac ciuitate opus ſit,ſi æquam omnibus ciuibus portionem aſſigna-
ueris (pleriſq;.n.uel deerit aliquid, uel ſupererit) quemadmodum ſi ad ſingulos homi-
nes hanc menſuram referas. Non ſecus ergo & antiqui illi reges in ſingulis factorum
euentibus naturale iuſtum metiebantur. Verùm poſteaquàm experientia demonſtratũ
eſt, parum tutum eſſe unius libidini ſingulorum bona,& fortunas committi, ac propte
reà leges ciuiles inuentę ſunt, quæ generaliter diſponerent, ac eadem cum omnibus uo
ce loquerentur, iudicarunt legumlatores (et meritò quidem) conſentaneum non eſſe
22 omnes planè recipi conuentiones tanquam ad petendum efficaces,cum non omnes(ut
demonſtratũ eſt)ab utraque parte ęquitatem cõtineant, Receperunt quidẽ (ut & ſupra
diximus)conuentiones illas omnes in quibus συνάλλαγμα,ſeu traditio interuenit, Itẽ ex
illis quę non re,ſed ſolo cõſenſu fiunt nonnullas receperunt,quę magis frequentes,& ad
uitę uſum magis neceſſariæ ſunt,nempè emptionem,uẽditionem,locationem, cõductio
nem, ſocietatem,mandatum,ut author eſt Paulus in l.1.§.permutatio. ff.de re permut.
propterea quod hiſce omnibus conuentionibus quę tranſeunt in proprium nomen
contractus utrinque ſuffragari æquitatem iudicarunt. Quod uerò attinet ad alias con-
uentiones,quæ non tranſeunt in proprium nomen contractus, cum uiderent earum
non perpetuam, ſed uariam, & incertam ęquitatem eſſe, atque ex locis,cauſis, & per
ſonis uariè illas accipi poſſe, ut generaliter de illis quoque certum aliquid ſtatuerent,
ſtipulationis remedium inuenerunt, hoc eſt quandam pręcedentis interrogationis ſo-
lemni tatem, ac ſequentis reſponſionis, qua qui uterentur omnino uelle ſeſe obligare
ex hoc ipſo demonſtrarent, atque ob id maxima cum ratione ad ſoluendum compelli
poſſent.

Qui uerò sine hac uerborum solennitate conuenirent, non satis deliberato animo promisisse crederentur, ideoq; ad promissam fidem implendam compelli non deberent.
23 Atq; ex hoc primùm fonte illud emanauit, quod frequentissimè à iurisconsultis usurpatur, ex nudo pacto, nudoq; consensu actionem non dari. Id enim absurdissimum ubique iudicatur, ut in d. §. permutatio, & l. iurisgentium. §. quinimò, & §. utputa. ff. de pact. Quocirca errarent proculdubio, si qui existimarent, sicut hodiè ex pacto nudo agi non potest, ita iure gentium non utiliter ex eo peti potuisse, nam id tantùm inter ciues Romanos ea qua diximus occasione, inductum est, ut supra demonstrauimus ex Paulo lib. 2. Recept. sentēt. tit. 14. atq; ex Diocletiano in l. si tibi. C. locati. Ab hac tñ regula nōnullæ cōuētiones exceptę fuerūt, quæ quāuis nō trāseāt in propriū nomē contractus, tamen eas ad agēdum æquitatis satis habere, uarijs de causis iudicatum est, ut donatio nudo pacto facta. l. si quis argentum. C. de donat. dotis promissio. l. ad exactionem. C. de dotis promiss. & si quæ aliæ similes sunt conuentiones à lege, plebiscito, uel S. C. comprobatæ, quæ propterea legitimæ conuentiones dictæ sunt. l. legitima. ff. de pact. Hæc sunt, quæ iure gentium obtinebant, ac deinde iure ciuili, eo quo diximus, modo immutata sunt. At uerò prætores, quibus iuris dicendi cura incumbebat, cùm in alijs omni-
24 bus, tùm maximè in hac conuentionum materia ius ciuile adiuuerunt, ac uariè, prout æquitas exigebat, modò in hanc, modò in illam partem generales iuris ciuilis regulas tēperarunt, quas ob nimiā generalitatem in singulis nonnunq̄ factorum speciebus ab æquitate aberrare uiderunt; quod in utraq; ex prędictis regulis animaduerti potest. Duas diximus in hac materia à iure ciuili generales regulas traditas esse. Primam, ut quoties alicui cōuentioni adhibetur forma interrogationis, ac responsionis, ex ea detur actio, præterquàm in nonnullis casibus qui partim in hoc titulo nostro recensentur, partim in tit. inst. de inut. stipu. Secundam, ut quoties conuentio prorsus nuda est, nec stipulationis adminiculo subnixa, inefficax planè sit, neque ex ea quicquàm peti possit. Quod attinet ad primam regulam, animaduerterunt prætores, ita fieri interdum, ut conuentio aliqua stipulationis quidem præsidio munita sit, sed tamen non eam habeat æquitatem, quę ad firmandam obligationem satis esse possit, Quod tunc euenit, cum sine causa sit stipulatio, utputa si cum falsò crederem procuratori meo mutuo centum tuo nomine data fuisse, ea tibi stipulanti promiserim, cùm & tu ipse idem existimares; per se quidem stipulatio perfecta est, sed tamen omni æquitate est destituta, cum iniquissimum sit, ad eius pecuniæ restitutionem me posse compelli, quam uerè non acceperim. Quod nam igitur re-
25 medium prætores attulerunt? Non illam quidem actionem ademerunt, quam ex stipulatione oriri iure ciuili constitutum erat, (nam nec potuissent id facere, uel si maximè uoluissent, ar. §. quos autem. inst. de bon. poss.) sed suggerente for-
26 mulam Gallo Aquilio, præstiterunt nobis doli exceptionem, uerè (ut ait Cicero) malitiarum omnium uerriculum, qua iniquè iudicio uexati defendere nos possemus. Docet hoc Vlp. in l. 2. §. circa. ff. de do. except. ubi Accur. in uer. sine causa.
27 Siquidem anteà in iudicijs tantùm bonæ fidei dolus uindicabatur. l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de leg. 1. l. sed & si ideò. ff. solut. matrim. Aut cum quis impubes, uel minor circunuentus erat, ut docet Cicero lib. 3. offic. in alijs uerò speciebus omnibus dolus erat impunitus, quod ipsum apertè ibidem tradit Cicero, cum à Pythio illo argentario deceptum refert C. Cannium Equitem Romanum,

eundemque stõmachantem, quod nullo præsidio contra Pythij dolum tueri se posset.
« Stõmachari (inquit) Cannius, sed quid faceret? nondum enim Aquilius collega,
« ac familiaris meus pertulerat de dolo formulas. Non ergo iure ciuili, sed tantũ honorario, Gallo Aquilio formulas suggerente, remedium etiam contra stricti iuris actiones inuentũ est. Ex quo fit, ut qui doli exceptione tutus est, iure honorario dicat̃ libera 28
« tus, sic enim Antoninus in l. si creditori. C. de pact. Partim (inquit) ciuili iure, partim
« honorario liberatus es, nam exceptio perpetua pacti conuenti, uel doli residui petitionẽ repellit. Nunc uidẽdũ est pariter, quidnã prętores quoad secũdã illã iuris ciuilis regulã præstiterint, quæ est, ut quoties pacto nõ adhibet̃ stipulatio, ita ut pactũ planè nudũ sit, ex ipso actio nõ oriat̃; Quod ut clarius explicet̃, sciẽdũ est, hæc ipsa pacta bifariã conside 29
rari posse. Alia sunt, quæ ad præcedentẽ aliquẽ contractũ referunt̃, & frequentius pacta 30
conuẽta dici solent, Videor enim mihi hoc fermè apud iurisconsultos obseruare, tũc tantũ illos solere appellare pacta conuẽta, cũ circa ea, quæ præcedẽti aliquo contractu placuerunt, aliud insuper aliquid inter partes conuenit. l. pacta cõuenta. ff. de contr. empt. l. si pacto conuento. ff. de transact. l. pacta. ff. de pact. l. pacto cõuento cũ simi. C. eo. tit. de pact. Alia uerò pacta sunt, quæ per se censentur, nec pręcedẽtem aliquẽ contractum respiciunt. Prima illa, quæ diximus pacta conuenta appellari, iussit seruari prætor in modũ exceptionis, si modò per se censeant̃, ac nõ cõtractibus ipsis insint, iuxt. §. quinimò. l. iurisgẽtiũ. ff. de pact. Ita interpretant̃ iurisconsulti edictũ, quod de pactis prætor proposuit, quemadmodum supra uidimus; & in eo edicto loquit̃ prætor de pactis conuentis, cũ pacta conuenta seruaturũ se polliceat̃, ut refert Vlp. in l. iurisgentiũ. §. prætor ait. ff. de pact. Sed ut nihil nos prætereat, quod scitu necessariũ sit, ac cũ ratione omnia tradantur, perquirenda ratio est, cur ex eiusmodi pactis prætor exceptionẽ tãtũ præstet, & non 31
actionẽ. Nã si fidei humanę consentaneũ est ea seruari, quę inter aliquos placuerunt, ut inquit Vlp. in l. 1. illo tit. de pact. cur non permittit prætor ea, quæ promissa sunt peti posse? Aut si nõ permittit, quomodo in hoc æquitati non aduersat̃? Nam certè Vlpian⁹ quo magis fidei seruandæ æquitatẽ extollit, eo magis uidet̃ pręrorẽ damnare, qui æquitatẽ illam præsidio suo destitutã reliquerit. Nam si natura debitũ est, quod nudo pacto promissum fuit, ut uidet̃ ipse sentire, atq; illud re ipsa me consequi ęquũ est, cur prætor qui naturalẽ æquitatẽ præ oculis habet, ex eo actionẽ non concedit? Si uerò debitũ nõ est, cur concedit exceptionẽ? Quãdoquidẽ subtilis hæc distinctio inter actionem, & exceptionem ab illa naturali simplicitate, quam profitetur prętor, nimis uidetur abhorrere. Huius rei rationem nostri interpretes minimè (ut mihi uidetur) assequuti sunt. Ac cæterorum auriga Bart. in l. iurisgentium. §. prętor ait. ff. de pact. quid hac in re 32
concludat, fatetur se prorsus ignorare. At ex ijs quæ nos docuimus facillimè hæc ratio desumi potest, quæ usqueadeò (nisi fallor) non modò uera, sed etiam necessaria est, ut si secus prætor statuisset, non posset non iniquissimus haberi; Eritq; huic ipsi rationi locus, non tantùm in pactis nudis, sed etiam in alijs omnibus materijs, in quibus exceptio tantùm, & non actio conceditur. Ego igitur in concedenda uel actione, uel exceptione tantùm non illud ita simpliciter spectatum fuisse arbitror, an æquitas adsit, sed quatenus adsit, & utrum ex altera tantùm parte, an uerò ex utraque. Quod rectissimè intelligemus, si exempla considerabimus superius à nobis adducta, ac simul applicabimus ad nuda pacta, quę de ipsis tradita fuere. Diximus cum dotem acceptam non commodè maritus post solutum matrimonium restituere

tuere poteſt, quáuis, ſi id faciat, rebus ad uitæ uſum neceſſarijs ſeipſum fraudaturus ſit, ęquum tamen eſſe,ut,uel cum maximo ſuo incõmodo,quod debet reſtituat.Sed contrà æquitatem nõ pati,ut egentem maritum importunè uxor ad ſolutionem urgeat. In hac ſpetie ratio mihi uidetur eſſe in promptu propter ea,quæ diximus,cur exceptio tantũ, &
3 non actio cõpetat,nã quia mulieris petitioni æquitas nõ ſuffragať,ideò,ipſi mulieri actio non cõceditur.l.maritũ.ff.ſolut.matrim.At quia eiuſdem æquitatis ratio poſtulat, ut maritus,uel cum incõmodo ſuo,ſoluat,propterea,ſi iam ſoluerit,& uelit ſolutũ repetere,exceptione meritò repelletur, iuxta l. nam & maritus.ff.de condict.indeb. Quandoquidẽ eadẽ illa æquitas (& hoc diligenter attendendũ eſt) quę maritum, ut ſolueret monebat, poſteaquàm is iam ſoluit,& uult repetere,hanc repetitionẽ iniquam reddit, ita ut exceptione illam repelli ęquiſſimum ſit.Nequaquàm ergo pugnant hæc duo,ſed optimè ſimul conueniunt,ut mulieri agere æquitas non permittat, & tamen eidem permittat excipere. Non rectè poteſt mulier agere, neque ipſius petitioni naturalis ratio ſuffragatur, quia æquum non eſt,id mulierem facere, unde is qui paulò antè maritus fuerit, ad egeſtatem redigatur, Attamen rectè mariti repetitionem exceptione repellet, quoniam iſte repetendi actus à marito proficiſcitur; at ipſi quoque marito in hoc æquitas aduerſatur, quæ ſicut anteà ad ſolutionem illum hortabatur, ita ſolutione ſequuta,iniquam eius repetitionem facit; Quare meritò inductum eſt,ut hæc repetitio tanquàm omni æquitate deſtituta mulieris exceptione infirmetur, ac planè irrita reddatur. Hac eadem ergo ratione & in pactis rectè dicemus eſſe conſtitutum, ut licet actionem non pariant, pariant tamen exceptionem, imò neque aliter ſalua æquitate conſtitui potuiſſe. Etenim cum de nudo pacto agitur,quanuis ei cui promiſſum eſt, non uſqueadeò æquitas faueat, ut rectè ad ſolutionem poſſit promiſſorem urgere (qua de cauſa regulariter nec iure ciuili, nec iure prætorio ipſi actio conceditur) ſemper tamen illi,qui promittit,æquitatis, honeſtatisq; ratio præcipit, ut fidem datam ſeruet. Quapropter,ſi ſic non petiturũ quod ſibi debitum erat,nudo pacto quiſpiam promiſerit, poſteà ex primo contractu pe
4 tat, æquitas illa, qua is monetur fidem nudo pacto datã ſeruare,ipſius petitionem iniuſtam reddit;quo fit,ut ea tanq̃ iniuſta inefficax ſit,ac propterea exceptione meritò repelli poſſit.Quæ ratio ſẽper uiget,etiã ſi pactũ ex interuallo fuerit ſubſequutũ. Hac de cauſa ergo uidemus pactũ etiã ex interuallo prodeſſe debitori,& parere exceptionem,cũ tñ ex parte creditoris contractui nõ cẽſeať ineſſe, & ad actionẽ uel inducẽdã, uel augẽdã nihil prodeſſe poſſit,niſi incontinẽti fuerit contractui adiectũ, ita ut tanq̃ pars contractus cẽſeri poſſit, cũ alioquin ex nudo pacto actio oriri non poſſit, quod totũ rectè explicat
5 Vlp.in d.l.iuriſgẽtiũ.§.quinimò.ff.de pact. Qua ex re optimè intelligitur,quid ſibi uoluerit Vlp. in l.1.ff.de pact. cum dixit prætorẽ in illo edicto ſequutũ eſſe naturalẽ æquitatẽ, quãuis ex pactis prætor nõ tribuat actionem. Nam quãuis à me ſeruari ęquũ ſit id quòd mihi placuit,hinc tñ nõ rectè inferť,ut ex promiſſione nudo pacto facta conueniri poſſim,ſed illud tãtũ,ut ſi fortè eueniat ex ijs rebus me aliquid petere, de quibus cõuẽtũ
6 eſt,exceptione repelli poſſim. Ex hoc ẽt habemus illius edicti utilitatẽ,quã noſtri interpretes,ac recẽtiores pſertim tãto ſtudio hîc inquirũt;Nã cum iure ciuili pacta nuda, quæ nec ſtipulationis pſidio munita erãt,nec trãſibãt in propriũ nomen cõtractus,prorſus eſſent inefficacia,Prætor ex ijs exceptionẽ pollicitus eſt.Ac licet de exceptione nullã fecerit mẽtionẽ,ſed ſimpliciter ſe pacta conuenta ſeruaturum edixerit, hæc tamen reſtrictio neque ab ipſius ſententia, neque etiam à uerbis aliena eſt; Siquidem pacta conuen-

ta quæ alicui contractui adijciuntur, de quibus ipse in eo edicto loquitur (ut satis osten dunt exépla ad eius edicti explicationẽ toto illo titulo adducta) non iure actionis, sed tãtum exceptionis proponi solent. Itaq; prætor qui ope exceptionis ea seruaturus erat, hoc est quatenus ęquitas postulat, rectè potuit ita simpliciter se pacta seruaturũ polliceri, cum ea in modum exceptionis proponi soleant, neque alio modo salua æquitatis ratione seruari potuerint. Fuisse autẽ à prætore primũ inductam hãc exceptionẽ, quæ oritur ex pacto de non petendo perspicuè ostendit Antoninus in l. creditori. C. de pact. ubi creditorẽ qui partẽ tantùm pecuniæ debitæ exoluit, cum ipsi alterius partis non petendæ promissio nudo pacto facta fuisset, dicit partim iure ciuili, & partim iure honorario liberatũ esse; iure quidẽ ciuili propter solutionẽ, iure autẽ honorario quomodo libera- 37
« tus sit, ostendit his uerbis. Nam exceptio (inquit) perpetua pacti conuenti, uel doli resi-
« dui petitionẽ repellit. Ita fit, ut huiusce edicti utilitas minimẽ obscura sit; Quãuis neq; etiã posset hoc edictũ tãquàm superfluũ dãnari, uel si poneremus hanc ipsam exceptionẽ pacti de non petendo, iure ciuili proditam esse. Nam cum de ijs quoque conuentionibus, quę iure ciuili efficaces sunt, edicta prætor proposuerit, ut habemus in tit. cõmodati, in tit. locati, cum simil. idq; iuris ciuilis quasi confirmãdi gratia, iuxta l. ius ciuile. §. 1. ff. de iust. & iur. nequaquàm absurdũ deberet iudicari, quòd cõuẽtiones illas, quæ non transeunt in propriũ nomen contractus, hoc uno titulo de pactis complexus esset. Sed hæc defensio (ut uidimus) non est necessaria. Nũc eò reuertamur, unde digressi sumus, & uideamus deinceps, num prætor quippiam præstiterit quantum ad illa quoque pacta, quæ per se censentur, nec præcedentem aliquem contractum respiciunt. Non pos- 38
sumus dicere ex his pactis saltem regulariter exceptionem dari, quia cum ponamus, nullum præcedere contractum ex quo agi possit, reliquum est, ut neque etiam exceptioni locus sit. Veruntamen si fortè is, cui promissum est, rem sibi promissam accepisset, posset repetentem exceptione repellere, sicuti exceptionem quoque posset opponere, si ex alio contractu conueniretur, iuxta l. etiam. ff. de compens. Idq; propter eam rationem, quam in pacto de non petendo proximè assignauimus. Hoc unum est, quod de pactis nudis generatim potuit prætor decernere, nempè ut is cui nudo pacto promissum aliquid fuit, exceptione illius pacti tueri se possit. Quod attinet uerò ad petitionem, tametsi potest interdum euenire, ut petitioni quoque æquitas faueat, tamen quia in pactis nudis (post inuentam præsertim stipulationem) ut plurimum secus contingit, ideò nec uoluit, nec debuit prætor pro nudis pactis perpetuò, imò nec regulariter (ut ita dicam) actionem polliceri, quanuis pro pacto de constituto illam polliceatur, cui tantùm inesse æquitatis iudicauit, quantum satis esset ad agendum toto tit. de consti. pec. Verùm quia (ut est humanarum actionum uarietas) possunt multa concurrere, cur illius quoque petitionem admitti æquum sit, cui nudo pacto promissum aliquid fuerit, propterea prætor, ubi ea concurrant, concedit actionem, nec tàm concedit ratione conuentionis, quæ per se alioquin (ut dictum est) inefficax esse solet, sed propter circunstantias illas, quę factum ipsum conueniendi concomitantur, unde actio, quę eo nomine cõpetit, actio in factũ rectè appellatur. Veluti si is fortè cui nudo pacto promissa fuerat pecunia, fundũ esset redẽpturus, quẽ ob fidẽ non seruatã lapso tẽpore redimere nõ potuerit. Quod multò etiã expeditius est, cũ promissoris fortè dolus deprehendi potest, tũc n. (ut supra diximus) dat p̃tor actionẽ de dolo. l. elegãter. §. seruus pactionis. ff. de dol. ex qua lege ait ibi Bart. totã pactorũ materiã limitari. Ideq; no. Bal. in l. cũ mota

in 3.

39 in 3.col.C.de trãsac͂t. Ang.in cõs.1.& Alex.in l.iurisgẽtiũ.ff.sed cum nulla.ff. de pactis.At etiam ubi dolus abest,ita ut nihil planè generaliter decerni possit, prætoris tamen præsidium non prorsus deest, cum ipse tunc in singulis speciebus ex personis, & causis conuentionis æquitatem metiatur, atque idem planè seruet, quod seruasse Reges credibile est, qui anteaquàm per regulas generales iure ciuili aliquod constitutum esset, uariè pro ipsorum arbitrio in singulis factorum euentibus ius dicebant. Hoc ipsum uerò & à prętore seruari docet Vlpianus in l. ult.supra titu. prox. cui cum species conuentionis quædam parum distinctè fuisset proposita, ita ut ipsius æquitas obscura esset, ita se respondisse ait. Respondi ex personis,causisque eum cuius notio, sit ęstimaturum an actio danda sit. De actione nimirum prætoria in factum intelligit, de qua pariter mentio habetur in l.iurisgentium in prin.ff.de pactis & in l.inter socerum §. conuenit.ff. de pactis dotalibus, ubi Paulus Non seruata(inquit) fide conuentionis, licet directa actio nulla competat, utilis tamen in factum danda est. Itaque fit (& hoc diligenter notandum est) ut
40 pręter actiones prætorias in factum edictales, hoc est eas quas generali edicto prætor pollicetur, ut in edicto illo Naut. caup. & stabul. cum reliquis eiusdem generis, aliæ sint actiones prętoriæ in factum, quæ decretales dici possunt, ut pote quæ uariè à præto-
41 re ex causis, & personis decernuntur. Qua in re tàm expressam manus Regię quasi effigiem habemus, ut nihil planè aliud sit,in quo clarius ipsius simulachrum cernere possimus. Ex hoc uerò optimè mihi uidetur defendi posse,quod post Innocentium,& Compostellanum tradit Butrius in c.Quæ in ecclesiarum nu. 27.de constit.ubi haud dubitan-
42 ter affirmat hodie quoque nudam conuentionem, licet ex ea iure ciuili agi non possit, ex lato iudicis officio seruandam esse, non secus atque olim iure gentium pro ea manus regia præstaretur; Et quamuis ibi dicat Io. Imol. hoc non admittere forensem causarum usum,nisi adeatur imperator,hoc tamen idem & in alio quocunque principe, qui modò superiorem non agnoscat,haud dubiè receptum est. Quare cum hac de re olim in sacro consilio Neapolitano ageretur,conclusum est quendam Frãciscum de Iungano compellendũ esse id præstare quod nudo promiserat,quoniã id æquitas suadebat,sicq; æquitatẽ potius quàm conuẽtionis genus spectari oportere. Nec restrictionem illã Imolensis quicquam aduersari existimatum est, qui hanc facultatem tantum imperatori concedit, Quã-
43 doquidem ipse quoque Rex in regno Neapolita. cuius Monarca est, iura imperii obtinet ut no.in proœm.constit.Regni,Regis uerò personã sacrum consilium repræsentare cõpertissimum est, quare ex Butrii sententia secundum creditorem iudicatum est, ut refert Afflictus decis. 120. Hac de re multa nugantur hìc recentiores, ac sese mirum in modum inuoluunt,atque id causæ est quia quæ spectant ad naturalem obligationem quomodo.s. ex nudis cõuentionibus illa oriatur, & quomodo efficax sit, nõ rectè tenuerunt. Nos uerò hanc Innocentii, Compostellani,ac Butrii traditionem uerissimam esse putamus,non tantum ob eam rationem,quam ipsi assignant,quòd iure gẽtium nudæ conuentiones ef-
44 ficaces essent, ac manu regia effectum sortirentur, sed etiam quia hisce ciuilibus legibus, quas nobis Iustinianus reliquit,expressim cautum reperimus, conuentionem quoque nudam efficacem esse,quoties ita æquitatẽ postulare ex causis,& personis æstimari potest, atque eo nomine actionem in factum utilem decernendam esse d.l.ult.sup. tit.prox.l. Inter socerũ §.conuenit.ff.de pactis dotal.Ex quo etiam illud non perperam inferri posse arbitramur, hanc facultatem non supremis tantúm principibus,qui leges cõdere possunt, sed & aliis inferioribus iudicibus concedendam esse.

ARGVM.

AN quæ hactenus de simplicibus conuentionibus dicta fuere, de reciprocis quoque, seu correspectiuis affirmari posint. Tum qua ratione etiam in aliis materiis obligationum uires æstimandæ sint.

1 In reciprocis conuentionibus eadem obtinent, quæ de simplicibus hucusque tradita fuere.
2 Ex reciprocis quoque conuentionibus oriri exceptionem uerius est.
3 Quibus legibus apertissimè probetur, in cōtractibus innominatis non dari pœnitentiam etiam ante implementum.
4 Conciliantur simul. l. 1. §. Ideò Pædius. ff. de re. permut. & l. Naturalis §. 1. ff. de præscrip. uerb. quę primo aspectu maximè inter se uidentur contrariæ.
5 Declaratur. l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. alięque item leges, quę in contractibus innominatis pœnitēdi facultatem ui dentur concedere, & infra nu. 11.
6 Non satis uidentur Doct. tenere, qua ratione interdum pœnitendi facultas concedatur, dum id causę putant esse, quod cōuentio correspectiua sit.
7 In conuentionibus correspectiuis, quid potissimum spectari debeat.
8 Non utriusque contrahentis utilitas eiusmodi est, ut conuentioni causam præbere potuerit.
9 Non nisi iniustissimè potest instare, ut seruetur conuentio correspectiua, is cuius commodum initio spectatum non fuerit.
10 Ex cuiusque uoluntate ipsius utilitas æstimanda est.
11 Ex duabus promissionibus, quæ insunt reciprocę conuentioni, illa tātum quę principalis est, simplicis promissionis effectus producit.
12 Galiaula, & Ripa hac in re propius, quàm cęteri ad ueritatis scopum accesserunt.
13 Quæ dicta sunt de obligationibus, quæ ex nudis conuentionibus inducuntur, ad alias quoque obligationes omnes rectè accommodantur.
14 Obligatio pupilli, quamuis non quoad ipsum pupillum, tamen quoad aliorū personas uires perspicuè suas ostendit.
15 Fideiussor, qui pro pupillo soluit, mandati actione ipsum conuenire non potest.
16 Rectè nouatur quod à pupillo promissum est.
17 In Falcidiæ ratione ineunda debitum pupilli cōsideratur, quamuis illud alioquin inefficax esset.
18 Quæ ratio sit cur pro seruo soluēs nō repetat, itemque pro ipso fideiubens obligetur, quamuis seruus ipse nullo modo sit obligatus.
19 Dubitatio proponitur non contemnenda.
20 Ad duos tantùm contractus, nimirum donationem, ac permutationem cęteri omnes contractus aliquo modo referri possunt.
21 Negotium quid appellent iurisconsulti.
22 Quatuor illi articuli do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, non solos contractus innominatos, sed etiā nominatos complectuntur.
23 Quomodo ex donatione, uariis liberalitatis gradibus inspectis, plures cōtractus deriuentur.
24 Noua opi. Franc. Connani, qui putat ex pacto nudo donationis actionem non oriri.
25 Non inarguta expositio. l. si quis argentum, C. de donat.
26 Communis op. de pacto nudo donationis adeò uera est, ut ab illa dissentire sit potius errare.
27 Ratio, cur cætera pacta quæ continent liberalitatem promittentis, non sint à lege approbata; quemadmodum pactum donationis, per quod ita dari aliquid promittitur, ut perpetuò apud accipientem sit permansurum.
28 Multis in rebus, quas Philosophi non facilè concederent, legumlatores sibi conniuendum putarunt.
29 Honestius negari potest, quod dono petitur, quàm quod alia ratione postulatur.
30 Rei, quæ donatur detracto usufructu, dominium statim absque traditione in donatarium transfertur.

CAP.

CAP. XX

QVoniam de simplicibus tantùm conuentionibus hactenus loquuti sumus, proximum est ut uideamus, nunquid hæc eadem obtineant & in conuentionibus reciprocis, quas nostri correspectiuas appellant, cum scilicet ab utraq; parte aliquid promittitur. Ac sic pariter intelligemus, an illæ pariant exceptionem, & an pœnitentiam admittant. Quæ dubitationes sanè maximę sunt, omniumque maximè nostros interpretes fatigarunt: Et quanuis inter alios Fulgosius & Cumanus, quibus nos meritò plurimum deferre solemus, suas & ipsi solutiones afferant, unam Fulg. in l. si pecuniam nu. 110. ff. de condict. indeb. alteram Cuma in l. Aristo. nu. 2. ff. de donat. quas hic referre non est necesse, tamē eorum utrumq; putamus à ueritatis scopo longè aberrasse, ut ex iis quæ nunc statim dicturi sumus, liquidò apparebit. Hoc igitur uno uerbo hanc rem totam decidentes eadem planè de reciprocis conuentionibus dici debere existimamus, quę de simplicibus conuentionibus hactenus conclusimus. Quare eandem obligationem naturalē, quæ oritur ex conuentionibus simplicibus, atq; eodem planè modo sumptam ex conuētionibus quoq; correspectiuis oriri credimus, Imò & eosdē effectus parere, & quoad exceptionem, & quoad pœnitendi facultatē adimendam, ita ut quantum ad hos ipsos effectus idem planè iudicari debeat de quacunque reciproca conuentione, ac si utraque ex iis promissionibus, quæ in tota illa conuentione continentur, per se simpliciter, atque seorsum facta fuisset. Oriri exceptionem ex reciprocis quoque conuentionibus, pleniſſimè
1 iam supra probauimus, cum demonstrauimus hoc necessariò sentire Vlpianum in d. l. iurisgentium. §. Igitur nuda. ff. de pactis. Quare illud alterum nobis superest demonstrandum, non magis scilicet in ipsis, q̃ in simplicibus conuentionibus pœnitentiā dari. Quod ubi fecerimus, tum afferemus ad hoc breuem quandam, ac dilucidam declarationem, ex qua intelligetur, quomodò accipiendę sint illæ leges, quæ primo aspectu contrarium probare uidentur. Probatur ergo hoc primum ex l. quoniam asseueras C. de rer. permu-
2 tat. ubi cum ita demum concedat Diocletia. ex pœnitentia condictionem dari, si causa non sequatur, propter quam datum fuerat, in eo perspicuè sentit, nunq̃ pœnitentiam dari, quoties is cui datum fuit, paratus est causam implere, sic. n. inquit. Aditus præses pro «
uinciæ placitis eum parere, uel si causam, propter quam fundus datus est, sequi non per- «
spexerit, condicionis ratione datum restituere, sicut postulat uidebit. Ergo si causa sequu- «
ta sit, propter quam datū est, hęc restitutio minimè impetrabitur. Eodemque modo perpendi potest, quod tradit idem Diocletia. in l. emptionem. C. eo. tit. ubi Si placitis (in- «
quit) citra stipulationis necessitatem non exhibeant fidem, quantum dedisti, causa non «
sequuta, condicere pro desiderio tuo potes, optimeque etiā hoc probatur ex l. penult. & ult. C. de condict. ob caus. in quibus legibus non aliter permittitur condici posse id quod ob causam datum est, quàm si causa non fuerit sequuta, siue fortuito id factum sit, ut in l. penult. siue causa eius qui tenetur implere, ut in l. ult. Vnde apertiſſimè colligitur, ex pœnitentia condictionem non dari, quoties potest impleri causa, & eam implere paratus es. Nisi forte alienum tibi aliquid datum, aut promissum fuisset. tunc. n. liceret pœnitere, non quia patiatur hoc natura conuentionis correspectiuæ; sed quia conuentio eo casu irrita est, ut probatur in l. 1. §. ideo Pædius ff. de rer. permut. iuncta l. natura
3 lis. §. 1. ff. de prescript. uer. quæ leges alioquin simul pugnarent, nisi hac ipsa distinctione cōciliarentur, quod scilicet vel propria vel aliena res fuerit promissa. Sic ergo uidemus, quoties

quoties non aliena res promissa est, & causa sequi potest, neq; etiam in reciprocis conuentionibus licere pœnitere. Verùm quoniam his omnibus legibus uidetur aduersari quod dicitur in l. si pecuniam.ff.de condict.ob caus. alijsq; similibus legibus, in qui- 5
bus habetur propter pœnitentiam condictionem dari, ut tollatur hæc ἀντινομία planius aliquantò hoc quod diximus explicemus. Diximus utranque ex ijs promissionibus,quæ continentur in reciproca conuentione, perinde habendam esse,quantum ad hos ipsos effectus,obligationis scilicet,exceptionis,& pœnitentiæ,ac si non ambę simul in eadem includerentur conuentione, sed seorsum per se simplici pacto factæ, acceptatæq; fuissent, Iam uerò sciendum est, hoc ita uerum esse, si utraque promissio principalis sit, nam alioquin de illa tantùm promissione poterit hoc affirmari, quæ principalis est, de alia uerò contrarium planè concludendum erit, ut nec pœnitentiam impediat, neque pariat exceptionem, imò nec naturalem ullam producat obligationem. Atque in hunc modum intelligimus.l.si pecuniam, legesq; alias omnes quæ pro hac parte negatiua adduci possunt; quæ hoc modo(iudicio meo)nihil planè difficultatis habebunt, Sed illæ propterea nostros interpretes tantopere fatigarunt,quòd illi non satis tenuerũt, qua de causa in ipsis pœnitendi facultas concedatur, atque ex eo tantùm fluere hanc 6
pœnitendi facultatem putarunt, quòd conuentio correspectiua sit. Id quod nos ipsi planè inficiamur, atque ea ratione tantùm dicimus pœnitentiam concedi,quia promissio illius,cui licet pœnitere,principalis non est, nec per se attenditur, ita ut non idem de illa,ac de simplici promissione iudicare possimus: Videndum porrò est, quomodo intelligamus promissionem non esse principalem, sic enim rectius cognoscemus, qua ratione fiat, ut ex qua parte promissio non est principalis, non oriatur exceptio ex conuentione correspectiua, at neque naturalis ulla obligatio, quæ possit pœnitentiam impedire. Quoties ergo quærimus, utrum conuentio utraque ex parte principalem promissionem contineat, ego id non ex eo æstimari debere arbitror, si utriusque intersit 7
seruari quod promissum est; Siquidem in l.3. §.1. & in l.si pecuniam. in princ. & §.1. ff. de condict. ob caus. utriusque interest conuentionem seruari, & tamen ab una parte admittitur pœnitentia. Puto autem tunc conuentionem reciprocam rectè dici posse principalem ab utraque parte promissionem cõntinere, quando utraque promissio in illa interueniens est eiusmodi, ut ipsi conuentioni causam prębere potuerit. Imò uerò tunc tantùm uerè reciprocas conuentiones, seu contractus correspectiui dici posse statuo. Animaduerto enim nonnullas eiusmodi species reperiri, in quibus uel si conuentio commodum utriusque partis contineat, ita ut firmam eam, & stabilem esse utrique parti expediat, tamen ab una parte commodum illud tale est, ut credibile nõ sit,illud unquàm conuentioni causam dedisse, aut fuisse aliquem qui tali cõmodo ad- 8
ductus, de conuentione illa ineunda primum cogitauerit, ut exemplis apertissimis iam statim demonstrabimus. Atque his speciebus omnibus ob illam,quam paulò post assignabimus, rationem non iudicarunt iurisconsulti inconueniens esse, ut ob pœnitentiam alterius hoc tu cõmodo priueris, quod conuentioni causam non dederit; sed satis tibi prospectum fore putarunt, si nullum tu inde damnum patiaris. Demonstratur hoc probè exemplo illo superius adducto de l.3. §. 1.ff.de condict.ob caus. Dedi tibi pecuniam,ut seruum manumitteres; Hìc meá quin intersit seruum manumitti,dubitari non potest, ipse enim alioquin eo nomine pecuniam non dedissem, Ac perspicuum etiam est,potuisse hoc ipsum, quicquid est, quod mea interest, huic conuentioni occasionẽ

præbere.

præbere: At si cōmodum tuū spectemus, longè secus æstimabimus, nam tua quidem interest seruari hanc conuentionē, cum præter pecuniā, quæ tibi manumittendi serui tui causa promissa fuit, in eo ipso seruo iam manumisso iura patroni obtenturus esses. Attamen nemo non uidet, hoc tuū cōmodū non eiusmodi esse, ut ex eo originem, atq; occasionem sumere conuentio potuerit, ideoq; promissionē de soluēda tibi pecunia principalē non fuisse, sed accessoriā, atque ex accidenti factā illa sola de causa, ne ex eo, quod tu mihi de seruo manumittendo promiseras, damnum aliquod patereris. Siquidem certè non modò imprudens, sed planè stulta petitio tua fuisset, si dari à me tibi pecuniam, ideò petijsses, quòd ob eam proprium te seruum tuum manumissurū esse promitteres.

9 Quare cū exploratissimū sit, primo ipso initio non cōmodi tui gratia nos ita conuenisse, sed eam solam ob causam huic te conuentioni consensum præstitisse, ut mihi gratificareris, mihiq; uni morē gereres, nulla profectò æquitatis ratio patitur, ut mihi impedimento sis, quominus mihi liceat pœnitere. Dūmodò enim indemnem te ego conseruē, non tu certè debes contra cōmodū meū ad necessitatem reuocare id, quod non lucri faciēdi causa, sed à me rogatus, & ut mihi uni benefaceres, initio probasti. Nam qua ratione quęso, aut quo æquitatis colore me impedies, quominus consilium in melius mutare possim? Propriūne tuū cōmodum allegabis, ut dicas cōmodius tibi esse, ac fructuosius adhuc me in proposito persistere? At non æquū facis (ut modò dicebam) si cū apertissimū sit, initio te lucrū nō spectasse ullū, sed meū potius negotiū egisse, atq; in eo quod me tibi contra promittere uoluisti, indēnitati tuę tantùm prouidisse, nunc eadē ipsa in re uelis ex damno meo tibi lucrum comparare, meq; inuitum ad id compellere, quod nulla alia de causa initio probasti, nisi ut uolūtati meæ morem gereres. Si uerò dicis, mihi quoque id magis expedire, ideoq; mutari consilium non oportere, sed quod utriq; utilius est, id fieri æquius esse. Respondeo non te quærere oportere, quid mihi utilius sit; meum enim, non tuū hoc iudicium esse, cum & quæ per se utilia sunt, inutilia tamen iudicenī,

10 si nostræ aduersentur uoluntati, ex qua sola nostrā ipsorum utilitatem æstimari leges iubent, ut l. ult. ff. de usu & habit. Hoc idem perspicuè cernitur & in ea facti spetie, quæ traditur in l. si pecuniam. in princ. nempè cum pecuniam cuipiam dedi, ut pro me Capuā iret; Siquidem is qui pecuniam accepit, non proponitur tabellarius fuisse, qui soleret operas ad id suas locare, ideoq; non potest uideri proprio cōmodo adductus ad eam conuentionē uenisse. Neque.n. credibile est, hoc me rogatum à quopiam iri (nisi ex hoc lucrum is facere soleat, cuius rei nulla ibi suspicio est) ut accepta pecunia pro me Capuam eat, cum apertè perspiciatur, id cōmodo tantùm meo fieri. Quocircà non est quod miremur, si in hac quoq; specie statuit licere mihi pœnitere. Viget.n. hìc quoque ratio proximè à nobis adducta, prout & in alijs omnibus speciebus, in quibus alterutra promissio eiusmodi est, ut conuentioni causam, atq; initiū præbuisse illā credibile non sit; quo casu nunq̄ utraq; promissio principalis est. Itaq; quòd nō idē de utraq; ex his promissionibus iudicet̄, ac si unaquæq; simpliciter, & seorsum facta fuisset, nō ex eo prouenit, quia promissio altera alterā respiciat, sed quia eiusmodi cōuētionis maximè inter se dispares termini sunt, ut iam demonstrauimus; quo fit ut promissio, quæ principalis non est, nō

11 rectè simplici promissioni cōparari possit. Quod si pares terminos statuas, ac ponas in reciproca cōuētione ab utraq; parte principalē ꝓmissionē adesse, de unaquaq; seorsum, ac ꝓ se cōsiderata idē semp affirmauero & quātū ad naturalē obligationē, & quātū ad exceptionē, nec nō & pœnitētiā, ac si seorsum unaquęq; facta, & seorsum ēt simplici cōsensu

acceptata fuisset, Imò uerò tunc tantùm reciprocam (ut dixi) seu correspectiuam conuentionem uerè appellari posse concessero. Hanc puto esse uerissimam huiusce nodi explicationem, ad quam nemo ex nostris propriùs accessit, quàm Hier. Galiaula hìc 12
quem & Franc. Ripa deinde secutus est, dum distinguunt, fueritne contractus innominatus gratia unius tantùm celebratus, an uerò gratia utriusque. Verùm illud cauendū est, ne fortè intelligamus, factum id esse gratia utriusque, quod utriusque cōmodum cōtineat. Neque enim tàm cōmodum illius, cui promissum est, attendi debet, quàm illud spectandum, an promissio sit eiusmodi, quæ reciprocæ conuentioni causam præbere potuerit: Ita enim quid æquitas, ratioq; naturalis exposcat, commodissimè intelligemus. Iam uerò hæc quæ diximus omnia, dum demonstrauimus ex sola æquitate æstimari obligationem, generaliter accipienda sunt, non tantùm si obligandi modus, ipsumq; genus conuentionis, sed etiam si alia quæcunque causa faciat, ut de obligationis uiribus dubitetur; Semper enim à solius æquitatis quasi mensura pendet, sitne obligatio naturalis, & ciuilis simul, hoc est ad omnes effectus efficax, & idonea, an naturalis tantùm, naturalem enim appellant utplurimùm iurisconsulti, quæ ad petendum inefficax est, ob eam rationem, quam nos inferiùs afferemus. Considerandum est igitur persæpè fieri, ut cōuentioni quidem ipsi nihil desit, quominus illa undequaque perfecta 13
sit, ac plenissimè ęquitatem ab utraque parte possit continere, sed ob personarum quæ conuenerunt, condicionem minus ex ea consueti effectus proficiscantur; Quod quoties contingere uidebimus, non poterimus (iudicio meo) affirmare obligationem ibi deesse, atque æquitatem illam, quę obligationis fundamentum est; sed rectiùs dicemus illam quidem subesse, at ipsius effectus ob ipsorum contrahentium uitium impediri. Cuius rei certissimum illud argumentum est, quod si alias quasdam personas interdum respiciant eiusmodi effectus, qui ex talibus conuentionibus oriri solent, tunc illi nequaq̄ impediuntur, ita ut hìc quoque æquitatis, naturęq; uim facilè cernas. Et ut clarior exēplis tota hæc res fiat, retinebimus exempla illa, quę supra diximus posse nobis in hac materia negotium facescere. Fac pupillum ritè interroganti respondisse, aut ex emptione, locatione, mutuo, aliaue quacunque causa per se ad obligandum efficaci promisisse, In conuentione ipsa nullum sanè uitium reperias, & tamen ex ea ne naturalis quidē obligatio oritur (intelligo quando pupillus non est factus locupletior, nam alioquin oriretur obligatio, quæ non tantùm indebiti repetitionem impediret, iuxt. l. nam hoc natura iuncta l. præcedenti. ff. de condict. indeb. sed etiam actionem pareret. l. pupillus. ff. de auth. tut. l. 3. ff. de neg. gest. l. 3. ff. commodati) sed si locupletior factus non est, nec naturaliter, nec ciuiliter pupillus obligatur, ut expressim dicitur in l. pupillus suprà tit. proxi. & in l. quod pupillus. ff. de condict. indeb. Quare non modò non compellitur ad solutionem, sed nec etiam solutum repetere prohibetur, ut optimè colligitur ex d. l. nam hoc natura, & ex d. l. pupillus. Hìc porrò non rectè dixerimus obligationē planè deesse, neq;. n. pupillus est similis furioso, sed uerè dicit consentire, & iudiciū infirmū illud quidē, sed tñ aliquod habet. l. ult. ff. de manu. uindict. Verū hæc æquitas, quæ in alijs obligationem solet inducere, in pupillo uix apparet, ætatis enim impedimento quasi uelatur. Quod si alia fortè persona interueniat, tunc dilucidè apparet hæc naturalis æquitas, ac uel in ipsius pupilli persona perspicuè se ipsam ostentat. Siquidem 14
fideiussor pro eo interueniens obligatur, quod fieri certè non posset, nisi iam in ipso pupillo radicitus (ut ita loquar) naturalis obligatio insideret. l. stichum. §. naturalis: ff. de

ff. de fideiuss. l. si pupillus tit. nostro. Habet uerò hoc totum, quod de pupillo constitutum est, apertissimam rationem. Nam si pupillus etiam quà locupletior factus non est, ad solutionem urgeretur, uel solutum repetere impediretur, iniquum esset ex lubrico ætatis hoc illum affici damno. Atque hęc iniquitas opponit sese illi æquitati, quæ ex fide præstita alioquin oriretur, facitq; ut ne quidem exceptio inde competat, cum nec naturalis ulla obligatio ob idipsum orta fuerit. At cum fideiussor interuenit, cessat ratio huius impedimenti, quod totum in damno pupilli positum erat, propterea quod licet
15 alias fideiussor, qui pro alio soluit, principalem ipsum debitorem mandati actione conuenire possit, non tamen hoc illi conceditur, cum pro pupillo fideiussit, ac soluit. Quare tunc nullius damni periculum pupillo imminet, quod ipsius fideiussoris obligationem impedire possit, & hanc rationem considerat Vlp. in l. marcellus. ff. de fideiuss. cū inquit. Magis est, ut fideiussoribus non subueniatur, quoniā his mandati actio nō competat. Itaq; in ipsius quoq; pupilli ꝑsona obligationē cōsiderari necesse est, qua fideiussoris obligatio nitatur. Ex quo fit ut diuersis rebus inspectis & obligari pupillū, & nō obligari rectè affirmare possimus. Quod uerò uideamus, non sicut pro pupillo, ita pro furioso, & prodigo posse fideiussorem interuenire, nobis mirum esse non debet, quia cū nulla eorum uoluntas sit, ut ait Pomponius in l. furiosi. ff. de reg. iur. fundamentū planè omne deficit, quod fideiussoris obligationem sustinere possit. Eademq; locū habebunt etiam si non fideiubendi, sed nouandi causa, alia persona interueniat; Quanuis enim non inducatur nouatio, nisi prius aliqua extet naturalis saltem obligatio, quæ no-
16 uari possit, tamen rectè id nouatur, quod à pupillo promissum fuit. l. 1. in fin. ff. de nouat. Idq; ob eādem, quam paulò ante adduximus rationem, quia cùm nullum hìc pupilli damnum timeatur, in ipsius quoque pupilli persona detegitur, ac quasi suscitatur illa obligatio, quæ priùs latebat quasi sopita, atque contecta, propterea quod subesse aliquid oportet, quod alterius illius obligationis materia, & fundamentum esse possit. Idem denique concludendum est quoad alios planè omnes effectus, qui pupillo nullū afferunt detrimentum, ut in ea facti spetie, quam proponit Paulus in l. si pupillus. ff. ad l. falcid. Quod pupillus sine tutore authore testatori promiserat, soluere eum testator iussit, ac legatum accipere, cum id soluisset pupillus, ut secundum testatoris uoluntatem legati condicionem impleret, ac dubitaretur deberetnè ab hærede in falcidiam
17 imputari, respondit Paulus imputari debere tanq̃ debitum hæreditarium, quanuis secus futurum esset, si non tanq̃ debitum, sed implendæ tantùm condicionis causa illud hęres accepisset. Iccircò autem ut debitum considerat quod sine tutore authore à pupillo promissum erat, quia non pupillo, sed soli hæredi ea res detrimento esse poterat: Cum hoc exemplo quod de pupillo adduximus, exemplum illud planè conuenit, cum dominus seruo aliquid promittit, neque enim potest dominus obligari seruo, ut nec seruus ipsi domino obligaretur, non quia non adsit consensus, atque æquitas seruandę fidei, & non ipsa per se conuentio undequaque efficax sit, sed quia ratio illa iurisgentium, quæ patitur seruum domino subiectum esse, eam ipsam seruandæ fidei æquitatem infirmat, ac quasi frangit, atque omnes obligationis effectus, qui modò seruum ipsum respiciant, prorsus irritos reddit. Quare neque ad solutionem dominus compelli potest, nec si iam soluerit, repetere prohibetur; at di-
18 cendum est tectam hanc potius, & sopitam, quàm nullam esse obligationem. Nam si ad alios referatur, in quibus cesset illud impedimentum, effectus suos planè obtinebit,

ut de pupilli obligatione proximè conclusimus. Si quis enim pro seruo meo soluerit id quod mihi seruus ipse promiserat, contra illum posteà repetentē dabitur mihi exceptio; Item si quis pro seruo meo mihi fideiusserit, obligabitur, ac pariter pignus eo nomine mihi datum tenebitur. l. naturaliter. ff. de condict. indeb. Verùm offert hìc sese nobis dubitatio non contemnenda circa hæc ipsa, quæ de obligationum efficacia hactenus 19
conclusimus, quam dubitationem nullo modo duximus prætereundam; Est enim eiusmodi, ut in ea uel doctissimi uiri hæsitare possint, ut quosdam hęsitasse uidebimus. Inter cæteras obligationes quas diximus iure ciuili ad agendum efficaces esse, illa quoq; censetur, cum quis dono rem aliquam dare promisit. l. si quis argentum. §. ult. C. de donat. Sed hìc operæpretium est quærere, qua de causa id factum fuerit, ac quæ sit ratio huius differentiæ inter pactum donationis, & alia multa pacta, quæ tamen & ipsa libertraliatem continent promittentis. Nam aut concedis nudum pactum donationis habere ex parte utriusque ęquitatem, quæ illud efficax reddere debeat, aut uerò id negas, si id negas, Iustinianum reprehendis, qui eo nomine actionem tribuit, Quod si concedis, atque eo nomine defendis Iustinianum, ut dicas æquitatis rationem postulare, ut ex nudo pacto donationis agi possit, utq; ad solutionem possit urgeri, qui ex mera liberalitate promisit, Quæro cur non idem sit in alijs nudis conuentionibus, quę promittentis liberalitatem continent, ideoq; donationis speciē prę se ferunt, & cur ijs minus, quàm nudo pacto donationis æquitas faueat. Quandoquidem ad efficaciam obligationum præter æquitatem nihil aliud spectari iam demonstratū fuit. Anteaq̃ huius obiecti solutionē afferamus, ut planiùs aliquantò intelligatur, quomodò cætera quoq; pacta donationis speciem (ut diximus) præ se ferāt, considerandum est, duo esse potissima conuentionum genera, ad quæ reliquæ conuentiones omnes congruenter referri 20
possunt; Aut enim referuntur ad permutationem, aut ad donationem. Ad permutationem referuntur quæ non gratuitò, sed ob aliquam causam fiunt, sicq; negotiū aliquod continent. Ad donationem uerò, quæ fiunt gratuitò, ut & Franc. Cōnanus lib. 5. cap. 2. rectè animaduertit, sentitq; hoc perspicuè Vlp. in l. Aristo. ff. de donat. ubi ex
" Aristonis sententia ita inquit: Aristo ait, cum mixtum est negotium cum donatione, obli-
" gationem non contrahi eo casu quo donatio est. Donationē appellat, quatenus actus gratuitus est, negotium uerò quatenus fit ob causam, & permutationem continet, quod 21
ipsum exemplo illo declarat. Seruum dedisti mihi, ut post quinquennium illum manumitterē, ait Vlp. ante quinquenniū donationem esse, quia hoc tempore nihil à me inuicem præstandum est; post quinquennium uerò negotium appellat, quia causam manumissionis habet. Itaque sentit quæ non gratuitò fiunt, ad permutationem referri (neq; enim aliud potuit intelligere cum dixit negotium) quæ uerò gratuitò fiunt ea statuit sub donatione quodammodo contineri. Rectè igitur ad permutationem poterimus referre illos quatuor articulos, quorum meminit Paulus in l. naturalis. ff. de præscript. uer. nempe do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; Quibus articulis continentur conuentiones, & contractus omnes, non tantùm innominati (ut pleriq; ex nostris stultè arbitrantur) sed etiam nominati. Nam 22
si rem dedero, ut tu des pecuniam, uel è conuerso, emptio est, si dedero pecuniam, ut fodias in agro meo, erit locatio, si mandatu tuo aliquid fecero, ut tu quoque facias quod tibi mandauerā, rectè poterit dici mādatū, ut docet Paulus in tota illa l. naturalis; at nos de his in pręsentia non loquimur. Contra uerò gratuitos cōtractus ad donationē

posse

23 posse referri res ipsa perspicuum facit. Nam cũ liberalitatis multi gradus esse cernant, nõ semper ex liberalitate promittentis inducitur ille contractus, quem peculiari nomine dicimus donationem. Quandoquidem nõ semper rei nostræ perpetuò damus dominium; At inducitur uel mutuum, cùm scilicet ad tempus datur aliquid, ut idem genere reddatur; uel commodatũ, cum rei usum gratuitò concedimus; uel mandatum, cum operam nostram absque ulla mercede pręstamus; vel denique depositum, cum in re alterius conseruanda nostram gratuitò diligentiam exhibemus. In quibus omnibus conuentionibus semper aliquid subest, quod donationi meritò tribui possit, atq; inde uarii cõtractus inducuntur, prout ea inter se uaria sunt, quæ ex nostra liberalitate proficiscuntur. Quod cum ita sit, ex hoc certè sequitur, cum de mutuando, uel commodando paciscimur, hęc, atq; alia eiusmodi pacta, quæ liberalitatem continent promittentis, non absurdè inter pacta donationis recenseri posse. Hinc ergo nostra oritur dubitatio, cur scilicet ius ciuile non hæc quoque pacta fecerit efficacia, quemadmodum illud fecit, quo rei nostræ dominium perpetuò promittimus, imo cùm in his minus grauetur promissor, qui ad tẽpus dare promisit, facilius admittendum esset, ut ad solutionem urgerẽt. Huius diuersitatis rationẽ (quæ certè primo aspectu difficilis admodum uidetur) frustra inquireremus, si Francisci
24 Connani de donationis pacto sententeutiam sequeremur. Putat ipse lib.5. commentariorum iuris ciuilis cap. 9. nudum pactum donationis nunquã ad agendum efficax esse, nisi ipsi ex his tribus adminiculis unũ accesserit, quo roborari possit; nempè aut traditio, aut stipulatio, aut insinuatio. Nec quicquam eum mouet constitutio illa Iustiniani in l.si quis argentum. §.ult.C.de donat. Ipse enim eam legem sic interpretatur, ut Iustinianus ibi cum ex donationibus nudo pacto factis agi posse permittit, non de omnibus passim donationibus loquatur, sed de illis tantùm quæ apud acta insinuantur, ac propterea firmiori cùm probationis, tùm esse æquitatis fundamento innituntur. Itaque pactum nudum donationis, quod insinuatione caret, non secus, ac cætera omnia nuda pacta ad agendum inefficax esse statuit. Plurimum certè huic sententiæ illius legis uerba suffragari uidentur, quæ dum nudo pacto donationis præbent efficaciam, in eo ipso uiden-
25 tur publicorum actorum authoritatẽ desiderare. Siquidem Iustinia. in §. sinautem donator, uers. sinautem amplioris summæ. de iis donationibus incipit agere, quæ legitimam summam excedunt, & inquit. Sinautem amplioris summæ, tunc ad acta publica decurratur, ita ut in iis, quæ amplioris sunt æstimationis, secũdum nostram legem non in totum, sed solum superfluum euanescat. Quare cum ipse posteà in §. ult. illi donationi necessitatis robur affert, quę tùm stipulatione, tùm traditione caret, eosdem planè uidetur terminos retinere, & consequenter de illa tantùm donatione uidetur loqui, quãm apud acta fieri debere paulò ante tradiderat, eoque maximè, quia post præstitam donationi efficaciam subiicit hæc uerba. Monimentorum obseruatione in his modis, secundum quod specialiter à nobis in eiusmodi casibus prædictum est, obseruanda. Quapropter si huius legis uerbis adducti cum Connano cõcedamus, pactum donationis à cæteris nudis pactis
26 nihil differre, frustra huius differentiæ rationem inquiremus. At nos constanter affirmari posse putamus & Connanum errore labi, & cęteros, si qui modò erunt, qui hanc opinionem tueri uoluerint. Communis enim sententia tàm apertè probatur ex §. Aliæ inst. de donat. ut ab ea recedere, errare potius sit, quàm dissentire. Nam cum ibi ita exordiatur Iustinianus, donationes tunc statim perfici, cum donator uoluntatem suam scriptis aut sine scriptis manifestauerit, quis affirmare audeat, in donatione publicorum actorum authoritatem

authoritatem desiderari? Quod tantò minus dicẽdũ est, quia de insinuatione paulò post ita loquitur, ut illam se uersic. præcedenti nullatenus considerasse apertè demonstret. Huc accedit, quod suam hanc constitutionem Iustinianus eo declarat exemplo, ut dicat se ad exemplum uenditionis ipsi quoque donationi necessitatem inesse uoluisse. In uenditione autem compertissimum est, nullam insinuationem requiri. Sicq; uidemus Iustinianũ hac ipsa de re apertissimè loquutum esse. At uel si maximè ipsius uerba obscuritatis aliquid haberent, Theophilus tamen eodẽ in loco tàm apertè hoc ipsum explicat, ut nullum planè dubitationi locum relinquat. Itaq; recepta hac communi sententia, quam omninò recipiendam esse demõstrauimus, ex nudo scilicet pacto donationis actionem oriri, uidendum est, quæ causa sit, cur non ut cætera pacta nuda, pactum quoq; donationis inefficax sit. Verã ego causam esse arbitror, quia ratio propter quam supra conclusimus pacta nuda esse inefficacia, non æquè urget in pacto donationis; prout communis experientia facile unumquemq; docere poterit. Videmus persæpè fieri, ut uel propinqui, uel amici, aliiuè quicunque à nobis ea poscant, quæ uel si præstare sine maximo incommodo non possimus, tamen nec possimus illa denegare, quin agrestes habeamur, atq; inurbani, atq; etiam interdum à nonnullis (ut est multorum importunitas) nimis odiosè obtũdamur; Quare cogimur sæpe numerò postulãtium uotis annuere; quod tamen eo animo plerunq; facimus, ut mox inuenta causa possimus eadem ipsa colore aliquo recusare. Vt si promiserim equum in certam diem me tibi commodaturum, postea dicere potero fortuitò contigisse, ut mihi tabellarius ea ipsa die Neapolim mittendus esset, Aut si pecuniã mutuo me tibi daturum promiserim, potero deinde eo nomine me tibi purgare, quod dicã illa ipsa pecunia ædium mearum uitio mihi occurrendum fuisse, quæ post illud tempus rimas agere cœperint. Rectè ne, an perperã id facturus sim, Theologorum cognitio sit, aut Philosophorum qui de officijs, ac de motibus pcepta tradũt, Legumlatores certè hac in re conniuendum esse arbitrati sunt, nec promissa omnia uoluerunt necessariò exigi posse. Siquidem uidebãt petitori ob prædictam maximè causam non semper suffragari æquitatem, à qua sola obligationum uires æstimari plenissimè supra demonstratum est. At longè aliter res sese habet, cum rem quampiam me ita daturum tibi promitto, ut illa perpetuò apud te futura sit; nam verè hoc casu dicere possumus mihi liberum fuisse nõ promittere. Neque enim causa, quam proximè adduximus, ad id me impellere potuit, cum perrarò tàm impudens aliquis reperiatur, qui rei meæ dominium gratuitò in se transferri postulet; quoties verò id contigerit, potero ego semper saluo officio postulata denegare; Quapropter si non denegauero, sed potius ea promisero, quę mihi initio non promittere liberum fuerit, non potero existimari fraude carere, si postea excusationes afferam, cur fidem datam implere recusem; Eoq; maximè, quia cum dico, me aliquid tibi donare uerbum illud donare non uidetur (ut ita dicam) merè dispositiuum, sed habet in se nescio quid executionis. Siquidem cum primum donare me dixi, iam statim uideor, quãtum in me est, rem illam, quam donaui, à me abdicasse, ita ut nisi illa iuris regula aduersaretur, quæ prohibet dominiũ absq; traditione transferri, illico eius rei dominium in te trãsiret, sicuti tunc transit, cum sola proprietas absq; usufructu donatur, quia eo casu prædicta regula non obstat, d.l. si quis argentum. §. penult. Itaq; quo te maiorem in spem, ipsique effectui propiorem adduxi, eo minus ęquitas patitur, ea te spe fraudari, ac quasi excogitatis artibus à me deludi. Videtur hæc mihi ratio eiusmodi esse, ut uel si nullius legis authoritate posset comprobari, omninò tamen recipienda esset; Verùm ut in illa prorsus

27 (beside line "Verã ego causam esse arbitror…") · 28 (beside "Rectè ne, an perperã…") · 29 (beside "Quapropter si non denegauero…") · 30 (beside "ćta regula non obstat…")

acquiescam,

acquiescam, neque aliud planè quærendum existimem, facit Iustiniani testimonium, quē uideo in d. l. si quis argentum .§. ult. hanc solam rationem considerasse. Cū .n. (inquit) « in arbitrio cuiuscunque sit, hoc facere quod instituit, oportet eū uel minimè ad hoc pro- « hibire, uel cum ad hoc uenire properauit, non quibusdam excogitatis artibus propositū « suum defraudare, tantamq; indeuotionem quibusdam quasi legitimis uelamentis prote- « gere. Est uerò operæpretium ibi animaduertere, quā studiosè Iustinianus inquirat quid æquitati, atq; rationi naturali consentaneum sit, apertè indicans, ex eo solo fonte obligationum regulas omnes deriuari.

ARGVM.

QVid nobis spectādum sit, ut cognoscamus, quādo uel obligationis simpliciter, uel naturalis obligationis nomen conueniat illi æquitati prǣstandæ fidei, quā pluribus modis posse accipi, hucusq; demonstratum est.

1 Quanuis ut plurimū, non tamen semper tractari prius debent, quǣ ad nominis significationem attinent.

2 Maximè propriè naturalis obligatio dicēda est, cui ex parte utriusque æquitas inest.

3 Conuenientia iuris ciuilis, & naturalis.

4 Naturalis obligatio ex hoc potissimū æstimatur, si eius nomine actio competat.

5 Obligatio quæ retentione tantùm prodest, minus propriè obligationis nomē meretur.

6 Leges quæ negant ex nudo pacto oriri obligationē, de propria obligatione loquuntur.

7 Et esse, & non esse alicubi obligationem non absurdè dicimus.

8 Reprehenditur Franc. Connanus in eo quod putat pacti exceptionem, ac retentionē naturali obligationi tribui oportere.

9 Cur obligatio appelletur æquitas etiam illa quæ ad petendum non satis sit.

10 Obligatio ad remunerandum nullos regulariter effectus producit.

11 Ratio, cur frequentius naturalis obligatio appelletur, quam minus propriè naturalem obligationē esse dem ōstratū est.

12 In obligatione inefficaci quicquid inest roboris, totum illud naturale est.

CAP. XIIII.

DE naturali æquitate qua perficiuntur obligationes, ita hucusq; loquuti sumus, ut nihil quod hac in re cognitu necessariū esset, prǣtermissum à nobis fuerit. Quoniā uerò in hac tota disputatione demōstrauimus, ǣquitatis uarias esse mēsuras, posseque illam qńq; magis, quandoq; minus uigere, ac uel ab una tantùm, uel ab utraq; parte interuenire, Reliquum est ut uideamus quando huic ipsi æquitati uel obligationis simpliciter, uel naturalis obligationis nomen conueniat, quod nisi intelligeremus, non rectè possemus difficultates explicare à nobis anteà propositas de illis obligationibus, quæ ex
1 nudis conuētionibus tùm simplicibus, tùm correspectiuis oriuntur. Quanquam uerò ante omnia tractari soleant quǣ ad nominis significationem attinent, tamen secus hìc faciēdum fuit; Fuit enim anteà cognoscendum, quàm uariè æquitas sumatur eo ipso quod obligationes constituit, et quomodo illa in singulis conuentionum generibus accipienda sit, cū ex hoc fieri posset, ut uel magis, uel minus propriè obligationis nomē mereaē. In
2 primis ergo cōcludēdū existimo propriè illā dici nō modò obligationē, sed etiā naturalē obligationē, cui ex utraq; parte eo quo supra docuimus modò naturalis æquitas inest, Et quæ

quę ꝑpterea iure ciuili ēt ad agēdū efficax est, ita ut quoties ex aliqua obligatione actio, competit, certissimum hoc putemus esse argumentum, ex quo uere, proprieq; obligationem illam esse cōcludamus; Cum minimè dubitandum sit (ut fusè explicauimus in lib. de lege, iure, & æquitate) quin leges ciuiles eum præsertim sibi scopum proponāt, ut naturale iustum, quantum in ipsis est, & imitentur, & tueantur. Id quod etiam semper assequuntur, nisi quatenus ob probationum difficultatem (ut iam sæpius dictum est) iuris ciuilis præsumptionem à ueritatis scopo contingit aberrare. Quod impedimentum ubi nō adsit, dubiū nō est semper legumlatores eas obligationes quammaximè approbare, atq; 3
ad agendum efficaces reddere, quæ quammaximè naturales sunt, atq; æquitatis naturalis præsidio ab utraq; parte muniuntur. Neque porrò hac sola ratione mouemur, ut quæ magis efficaces sunt, magisq; naturali æquitate nituntur, eas magis naturales obligationes appellemus, sed ēt iurisconsultorum authoritate. Tradit hoc perspicuè Vlp. in l. natu
« rales sup. tit. ꝓxi. cū inquit: Naturales obligationes nō ex eo solo æstimanē, si actio aliqua
« earū nomine cōpetat, uerùm ēt cū soluta pecunia repeti nō potest. Cum dicat Vlp. natu 4
rales obligationes nō ex hoc solo æstimari, perspicuè ostendit, saltē hoc præcipuū esse ex quo id æstimemus, cum scilicet earū nomine actionē cōpetere uidemus, tātò magis quia dictio illa implicatiua id quod minus dubitabile est, semper includit l. 1. cum sim. C. qui admitti. Eadem hæc uerba ex Iuliano referūtur in l. fideiussor 1. §. naturales. ff. de fideiuss. In qua lege illud amplius habetur, naturales obligationes, quæ repetitionem tantùm impediunt, nec satis ad agendum ęquitatis habent, non propriè obligationes esse, sed per abusionē tantùm sic appellari, Id quod optimè etiam probatur & l. In iis §. imperator. ff. 5
de solut. ubi dum Vlpia. indebitas usuras appellat, quæ ex pacto naturaliter tantùm de-
« bentur, apertè ostendit eam non propriè obligationem esse. Quod soluitur (inquit) in
« usuras, ad utranque causam usurarum tàm debitarum, quàm indebitarum pertinet, puta
« quædam ex pacto naturaliter debebantur. Probatur hoc denique ex illis omnibus legibus, quæ absolutè negant ex pacto nudo, nudoue consensu oriri obligationem, ut ex l. iurisgentium. §. quinimò & §. ut puta. ff. de pact. & l. 1. permutatio. ff. de rer. permuta. Ex quibus licet intelligere obligationem, quæ oritur ex pacto nudo, uerè, proprieq́ue non mereri nomen obligationis, neque obligationis appellatione contineri, ubi de ea simpliciter mentio fiat. Veruntamen ipsa quoque naturalis obligatio appellatur, ut in d. §. Imperator. quare cum negatur esse obligatio, in potiori significatione obligatio accipitur. Quę uerò leges negant ex nudo pacto oriri obligationem 6
ita omnes accipiendæ sunt, ut de uera, ac propria obligatione loquantur. Sic fit, ut quę repetitionem tantùm impedit æquitas, eam & esse & nō esse obligationem rectè dicamus. 7
Idemque esse supra uidimus, cum ad pupillum obligatio refertur. Nam pupillum non obligari probatur in l. quod pupillus. ff. de condict. indeb. & in l. pupillus supra tit. prox. Quod & de seruo probatur in l. nec seruus. ff. de pecul. & in l. in personā. ff. de regu. iur. Cōtra uerò eosdem istos obligari probatur in l. naturaliter. ff. de condict. indebi. in l. 1. in fine. ff. de nouat. in l. si pupillus. ff. ad l. Falcid. in l. cum illud §. hæres. ff. quando di. lega. ced. in l. in numerationibus. ff. de solut. in l. ult. ff. de iureiur. in l. si eius. ff. ad l. Falcid. Itaque non uereor, quin errore labatur Francis. Cōnanus qui retētionis, atq; exceptionis effectus negat naturali obligationi tribui oportere, sed aliis causis eos assi- 8
gnare conatur. In hoc enim & Iuliano, & Vlpia. perspicuè aduersatur, qui ex hoc quoq; naturalem obligationem æstimari uolunt, si pecunia soluta repeti non possit d. l. natu-

rales

9 rales sup. tit. prox. & l. fideiussor 1. §. naturales. ff. de fideiuss. Cur obligatio appelletur ęquitas etiam illa, quæ actionem non parit, ratio in promptu est, quia cum ipsa quoque in iure consideretur, ac iuris effectus aliquos producat, exceptionis scilicet, ac retentionis, consentaneum fuit, ut præter æquitatis, ac iustitiæ specialius aliud nomen sortiretur. Nomina autem ab effectibus ipsis, utplurimum desumuntur, cuiusdam ratione similitudinis. Quare cum hæc quoque ęquitas eo ipso, quod exceptionem, ac retentionem parit, nos ipsos quodammodò alliget, nullum aptius, quàm obligationis nomen sortiri potuit. Eadem hac de causa poterit etiam dici obligatio quæ ad exceptionem, retentionemq; nihil prodest, dummodò aliquo naturæ uinculo nos adstringat. Nam (ut omittam serui, pupillique obligationem, quam si non eosdem prorsus, at aliquos saltem iuris effectus habere posse demonstrauimus) certè constat æquitatem illam, qua monemur benefacientibus benefacere, neque hos, neque alios ullos effectus
10 producere posse, ut & Bart. tradit in l. frater à fratre, nu. 29. & in l. Iulianus nu. 26. & 27. ff. de condict. indeb. & tamen quia honestatis saltem cuiusdam uinculis nos alligat, obligationis nomine nuncupatur. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de pet. hæred. At fateor (dices) maxima cum ratione eam quoque appellari obligationem, quæ efficax
11 non est, sed mirum est, cur frequentiùs appelletur naturalis, quàm illa altera, quæ efficax est ad agendum. Et (quod magis miremur) non tantùm sic frequentiùs appellatur, sed etiam hac appellatione ab efficaci illa obligatione distinguitur, ut in l. 1. in fin. ff. de nouat. in l. 1. §. debitum. ff. de constit. pecun. in l. fideiussor 1. §. fideiussor. ff. de fideiuss. & §. prætereà. inst. quib. mod. toll. oblig. quasi uerò minus naturalis dicenda sit efficax obligatio; Quam tamen præcipuè naturalem dici oportere & apertè sentit Vlp. in l. naturales sup. tit. prox. & ratio ipsa apertè demonstrat, cùm non ab una tantùm, sed etiam ab utraque parte naturalis æquitatis præsidio muniatur, ut liquidò à nobis suprà demonstratum est. Ad hoc respondemus, uel si efficax obligatio maximè propriè obligatio dicenda sit, non tamen ratione carere, quod iurisconsulti in his ipsis legibus ab efficaci obligatione naturalem distinguant. Ratio uerò cur id fiat, illa mihi uidetur esse, quia quoties utrinq; æquitas adest, non tantùm iure naturæ inducitur obligatio, sed etiam ciuili iure, quare cum absolutè obligatio fit, non nulla eget adiectione, ut uel naturalis, uel ciuilis dicatur, cum non minus hoc, quàm illo iure obligatio habeatur. At cum æquitatis pręsidio ab altera parte obligatio destituitur, tùm deest illi fomentum iuris ciuilis, quo sublato, nihil planè
12 in ea remanet, quod non totum naturale sit. Ita fit, ut cùm hanc obligationem ab ea distinguimus, quę utriusque iuris authoritate nititur, naturalem hanc appellemus, sicuti interdum dicimus eam ciuilem, quę sola iuris ciuilis præsumptione inducitur. Quanuis uerè dicere possimus non minus ciuilem esse, cui etiam naturalis æquitas undequaque consentit, dummodo illa sit (ut uerè est) legum ciuilium authoritate munita, d. l. 1. §. debitum. ff. de constit. pecun. d. l. 1. in fin. ff. de nouat. §. prætereà. inst. quib. mod. toll. oblig.

ARGVM.

QVo pacto ex iis, quæ hucusque tradita fuere de naturali illa æquitate, ex qua obligationes constituuntur, propositæ superius difficultates explicari possint.

CAP. XV.

CVm iam plenissimè his de rebus omnibus sententiam nostram aperuerimus, restat ut ad earum, quæ superius propositæ sunt, difficultatum explicationem deueniamus. Quanquā uerò ex iis, quæ diximus, iā unicuiq; plana, atq; aperta omnia esse possuntut, tamē omnis planè scrupulus tollatur, nos breuiter singulas pcurremus difficultates, atq; illis sigillatim suas solutiones accōmodabimus. Quod attinet ad primā quæ ad nudas, & simplices cōuentiones, spectat oriturque ex uariis legibus, quæ naturalē obligationē nudis ipsis, ac simplicibus cōuentionibus modò tribuere, modò adimere uidentur, nos ita omninò rem explicandam ducimus, ut dicamus ex nudis conuentionibus non oriri naturalem illam obligationem, quam maximè propriè obligationem esse conclusimus, nam si talis quoque obligatio ex ipsis oriretur, nulla esset ratio, cur non & iure ciuili ad agendum efficax esset, uel saltem iure prætorio. Fuitque hoc argumentum sanè ualidissimum pro communi sententia adductum, cui uidimus nullo planè modo rectè responderi posse. Vt uerò hoc ipsum si minus perpetuo, at certè ut plurimum affirmari possit, ex nudis scilicet obligationibus nō oriri ueram, ac perfectam naturalem obligationem, quę naturali ęquitate utrinque muniatur, facit cùm ciuiliū legū, tum etiā iuris prætorii interpretatio, quia cum uiderent legumlatores æquitatem ab utraq; parte plerunque non adesse, præter q̄ in iis casibus, in quibus legitimas cōuentiones etiam ad agendum efficaces esse uoluerunt, ut tutiorem partem amplecterentur, regulariter illam non adesse interpretati sunt. Nec sanè iniqua hęc interpretatio existimari potest, duabus de causis. Primò, quia cum hodiè ad firmandas conuentiones stipulationis præsidio uti 1

possimus,

poſſimus, minus certè æquitas illi fauet, qui cum poſſent, hoc ipſo remedio uſi non fuerint. Secundo quia ſi forte ſecus contingat, atque urgeri debitorem ad ſoluendũ æquius ſit, præſtò adeſt prætor, qui eo nomine pręſtat actiones in factum. l. ult. in fin. ff. de act. & obligat. Verùm in dubio non eam nudis pactis credit æquitatem ineſſe, quæ ad agendum ſatis ſit. Quod ſi omiſſa pręſumptione, legiſque interpretatione quæras
2 uere ne in nudis conuentionibus adſit hæc naturalis obligatio, quam maximè propriè obligationem appellamus, ideoque an pro ipſis manus Regia præſtaretur, iam dictum à nobis ſuperius fuit, ſtultè hoc inquiri, neque inaniorem ullam quæſtionem inter multas inaniſſimas à noſtris doctoribus diſputari. Etenim ſæpè iam inculcauimus, in omnibus nudis pactis non certam, atque unam æquitatis ſpetiem eſſe, neque ex ſolo conuentionis genere iudicari, ſed ex cauſis, perſoniſque uariè æſtimari, ut perſpicuè tradit Vlp. in d. l. ult. ſup. tit. prox. Quocircà Reges qui in ſingulis factorum ſpetiebus id ſpectabant, quod ęquitati rationique naturali maximè conſentaneum erat, pro rerum, perſonarum, cauſarumque uarietate non poterant non aliud, atque aliud conſtituere:
3 Fuiſſet enim inconueniens nudas conuentiones omnes tanq̃ inefficaces reijcere, cum præſertim nondum ſtipulationis remedium extaret, qua poſſent contrahentes ſibi proſpicere, ac de uariis rebus ad uitæ uſum neceſſariis, quæ ſub nulla contractus forma cadebant, legitimè paciſci; Contra etiam nimis abſurdum fuiſſet illis omnibus robur, & efficaciam præbere, cum plerunque non certo, deliberatoque animo, ſed uel humanitatis, uel oſtentationis cauſa, uel ſimulatè, aut improuidè fiant. Quod ſi Reges has conuentiones probaſſent tanq̃ ad petendum efficaces, quas uidemus nec ciuilibus, nec prætoriis legibus probari, certè aut iniquę leges eſſent, aut antiqui illi Reges æquitati fuiſſent aduerſati. Iam uerò quoties ipſi conuentioni talis æquitas ineſt (ineſſe enim quandoque diximus) quæ ad petendum efficax eſſe poſſit, crederem ego non abſurdè poſſe dici, hoc non ipſi per ſe conuentioni tribuendum eſſe
4 (quandoquidem hoc modo nunq̃ non ineſſet) ſed potius cauſis ipſis, & rebus, ex quibus æquitas uel augetur, uel minuitur, ac propterea conuentionem ipſam per ſe tantùm conſideratam inefficacem eſſe. Sic enim dicũt Logici argumentum ex duabus affirmatiuis in ſecunda figura infirmum, atque ad concludendum inefficax eſſe, quia ipſum per ſe non ſemper concludit, licet concludat interdum ratione ſubiectæ materię: Et hæc hactenus de naturali illa obligatione, quam maximè propriè obligationem eſſe diximus, & quæ ciuili quoque iure ad petendum efficax eſt. Quantum uerò attinet ad alteram illam, quæ non utrinque, ſed ex parte tantùm promiſſoris æquitatem habet, & quę tanq̃ iuris ciuilis fomento deſtituta naturalis utplurimum appellatur, dubitan-
5 dum non eſt (iudicio meo) quin ea uel ex nudis conuentionibus oriatur, probatur enim hoc manifeſtè ex l. in ijs. §. Imperator. ff. de ſolut. & ex alijs omnibus argumentis, quæ pro parte affirmatiua plurimum urgere ſupra demonſtrauimus. Atquì certè (ut deeſſent cætera omnia) in eo perſpicuè cernitur hęc naturalis obligatio, quod exceptionem parit, ac ſolutæ pecuniæ impedit repetitionem, ut Iulianus, Vlpianuſq; tradunt in l. naturales ſupra tit. proxi. & in l. fideiuſſor. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſſ. quicquid contra cõminiſcatur Franc. Connanus, qui hos ipſos effectus alijs cauſis ſtudet aſſignare. In hunc ergo, quem diximus, modum regulam ſtatui debere concludimus. Non negamus tamen quin interdum & hæc (qualiſcunque ſit) naturalis obligatio deſit, ſi fortè in materia uitij aliquid ſubſit; eſt enim quandoque, cum ne eum quidem qui promiſit, fidem

M 2 datam

datam seruare ęquum existimari debeat. Veluti si nummos alienos,quos cum mihi 6
mutuabas, tuos esse credebam, restituere tibi promiserim. Hoc casu certè æquum non est, ut rem alienam tibi potius, quàm domino restituam, ideoq; nulla prorsus ex hac conuentione obligatio oritur, cuius rei certissimum argumentum est, quod nec fideiussor hìc interueniens obligatur.l. si pro eo.§.si nummos.ff.de fideiuss. Alias species nõnullas, in quibus honestè potest promissor fidem datam non seruare recenset Tullius 7
lib. 3. offic. Fac me cuipiam ad aquam intercutem medicamentum dedisse, pepigisseq; ne illo medicamento posteà uteretur. Si eo medicamento is sanus factus fuerit, & annis aliquot post inciderit in eundem morbum, nec à me impetret, ut item eo sibi liceat uti, permittit certè ratio, ut contra fidem datam eo ille medicamento utatur, atq; ex eo uitæ suæ præsidium quærat, cum præsertim ego inhumanus sim, qui non concedo uti, quamuis nihil mihi iniuriæ fiat. Addit Tullius ne illa quidem seruanda, quæ non sunt ijs ipsis utilia quibus promiseris: Cuiusmodi illa sunt, quę Phaëtonti solem, 8
Theseoq; Neptunum promisisse ferunt, nam ijs ipsis quibus promissa fuerant perniciem, ac luctum attulerunt. Quæ causæ, alięque similes faciunt,ut non tantùm à nudis conuentionibus honestè recedere possimus, sed etiam à contractibus illis, quibus inest 9
συνάλλαγμα, ut à deposito,& alijs. Summam fidem in primis,atque undequaque inuiolatam deposita exposcunt, ar.l.ult.°C.de compensat.& tamen est interdum,cum res deposita minimè reddenda sit. Si gladium quis apud te sanę mentis deposuerit, repetat insaniens, aut si is qui apud te pecuniam deposuerat, bellum patriæ illaturus repetat, reddere depositum peccatum erit, non reddere officium. Multa enim quæ natura honesta uidentur esse, temporibus fiunt inhonesta; Ideoque non debet mirum uideri, quod diximus fidem nudo pacto datam interdum non esse seruandam, licet utplurimum seruari eam honestissimum, uiolari uerò turpissimum sit. Ex his uidentur mihi iam planè sublata ea, quæ in prima difficultate de simplicibus conuentionibus adducta fuere, nunc deinceps pergamus ad secundam. Spectabat secunda principalis difficultas ad nudas conuentiones correspectiuas, in quibus dubitabatur primò,an ex ipsis oriretur naturalis obligatio, sicq; an pro ijs manus regia iure gentium præstaretur; Deinde quomodo in ipsis dari possit pœnitentia,cum ex illis competere exceptionem, iam demonstratũ sit. Videnť enim hæc simul pugnare, ut possit creditor ex reciproca conuentione contra debitorem excipere, atque ut debitori liceat pœnitere, imò & repetere quod datũ est, conuentionẽq; ipsam infirmare. Hanc totam difficultatem in hunc modum censemus explicandam, ut dicamus in correspectiuis conuen- 10
tionibus idem prorsus quod in simplicibus concludendum esse, & quoad naturalem obligationem,& quoad illos effectus,qui ex naturali obligatione proficiscuntur, quemadmodum & supra probauimus. Oriri obligationem ex reciprocis quoq; conuentionibus inde necessariò demonstratur, quia nulla ratio reddi potest, cur mihi obligatus esse debeas, si à te impetrauero, ut gratuitò pro me aliquid facias,ac non item teneri debeas, si eius rei impetrandæ causa contra tibi aliquid promisero, Imò uerò maior cau- 11
sa est, cur ad id tenearis, quod non gratuitò promisisti, dũmodo ego quoq; id præstare paratus sim,quod à me tibi promissum fuerit. Quod si non maiorẽ concedis, at certè concedas oportet eandem hìc uigere æquitatem fidei seruandæ; Quandoquidem nisi in re ipsa, atque in materia uitij aliquid subsit, ea semper seruari æquum est, quæ inter aliquos placuerunt.l.1.ff. de pact. l. 1.ff. de constit. pecun. Hinc dicimus ex reciproca

conuen-

conuentione exceptionem competere, nec pecuniam eo nomine solutam repeti posse, id quod demonstrauimus necessariò probari ex l. iurisgentium.§. igitur nuda.ff. de pact. Ex hoc etiã concludimus,non licere illi qui promisit pœnitere, ut liquidò tradi tur in l. penult. & ult. C. de condict. ob caus. in l. quoniam asseueras, & l.emptionem. C. de rer. permut. Verùm hæc ita accipienda sunt, (quemadmodum supra diximus) ut tunc habeant locum, cùm utraque ex illis promissionibus, quæ in reciproca conuentione continentur, ęquè principalis est. Siquidem alioquin promissio, quæ non est principalis,nullã planè obligationem producit, unde nec parere exceptionem, aut pœnitẽtiã impedire potest; atq; ita omninò intelligi debere existimamus, quod de pœnitẽtia dicit in d.l.si pecuniam.ff.de condict.ob caus. & in alijs omnibus legibus, quæ in reciprocis conuentionibus, hoc est in contractibus innominatis antè implementum pœnitentiã concedunt. Satis uerò iam supra declarauimus, quomodo principalis promissio accipienda sit, cum diximus non id spectandum esse, utrum conuentio utriusque partis commodum contineat, sed utrum promissio ab utraque parte eiusmodi sit, quæ conuentioni causam præbere potuerit. Ita paucis ueritatem explicari posse putamus, ideoq; illa omnia planè falsa reddi, quæ de conuentionibus correspectiuis tanto apparatu nostri interpretes tradiderunt. Optimè etiam ex prędictis diluuntur, quæ de pupilli, serui, furiosi, prodigiq; obligatione obiecta fuere. Nam quod uidimus quibusdam in legibus affirmari pupillum, & seruum obligari naturaliter, in alijs uerò hoc apertè negari, eadem, quam supra attulimus, distinctione, hæ leges simul omnes conciliã tur. Si enim effectus illos consideres, qui ipsius pupilli, seruiq; personam respiciunt, rectè dixeris eos nullo modo obligari. At iurisconsulti cum seruum, uel pupillum naturaliter obligari dicunt, alios considerant effectus, & qui ad alias personas spectant, quæ uel fi-
12 deiubendi, uel nouandi gratia, uel alia quacunque de causa interuenerint. Sunt qui dicant leges, quæ probant pupillum obligari naturaliter, ita accipiendas esse, ut tunc tã
13 tùm locũ habeant, cum pupillus factus est locupletior. Sed huic sententiæ multæ leges reclamant, ut l. cum illud.§.cum hæres.ff. quand. dies legat. ced. & l. stichum.§. aditio.ff. de solut. quæ leges in pupillo naturalem obligationem tunc quoque considerant, cum is haudquaquã locupletior factus est. Turbat illud quoque hac in re mirum in modum nostros interpretes, quomodo dicatur in l. pupillus.ff.de auth. tut.ex naturali obligatione, qua tenetur pupillus, qui locupletior factus est, oriri actionem, cum alibi semper soleant iurisconsulti eam tantùm naturalem obligationem appellare, quæ iuris ciuilis formento destituitur, ac propterea ad agendum inefficax est: Dicunt nonnulli ut Castrẽsis in d.l. pupillus, actionem illam non natiuam, sed datiuã esse. At hoc non sa
14 tis est, nec propterea tollitur dubitatio; unde plenius hoc ita explicandum est. Fuit olim hæc obligatio inefficax iure ciuili, quocirca naturalis dici cœpit, ut à ciuili obligatione se
15 iungeretur. Postea uerò Diuus Pius, cum animaduerteret in hac quoque specie plenissimã ab utraque parte æquitatem adesse, nullamque esse rationem, cur pupillus, qui ex aliquo contractu locupletior factus est, ad eius ipsius obseruationem compelli non deberet, contra ipsum pupillum actionem concessit quodam suo rescripto, cuius mentio habetur in d.l.pupillus de auth.tut. Item in l. 3.ff.commodati & in l. 3. ff. de neg. gestis. Propterea ergo licet naturalis dicatur hæc obligatio, ex ea tamen actio conceditur. At si non tàm loquendi usum, quam rem ipsam spectauerimus, non poterit nobis nouum
16 uideri ex naturali obligatione actionem competere, Imò enim, ueritate inspecta, eam ma

ximè

ximè propriè naturalem obligationem esse contendimus, quæ ad agendum ualet, cum illi magis naturam fauere compertissimum sit, id quod perspicue docemur ex l. naturales supra tit. prox. & l. fideiussor §. naturales ff. de fideiuss. dum ibi dicitur naturales obligationes non ex eo solo æstimari, si actio aliqua earum nomine competit, uerum etiam cũ soluta pecunia repeti non potest; quæ uerba ostẽdunt, quanuis non ex eo solo, tamen ex eo præsertim naturalem obligationem æstimari, si illius nomine actio concedatur. Quod attinet uerò ad furiosum, & prodigum, cui bonis interdictum est, nullo modo penitus eos obligari constanter affirmamus. Idque ex eo uerissimum esse intelligitur, quod uidemus, nec pro iis fideiussorem obligari. l. 3. §. is cui bonis tit. nostro. Cuius rei ratio illa est, quia nulla ipsorum est uoluntas, ut ait Pomponius in l. furiosi. ff. de reg. iur. Fatemur quidem contra plurimum urgere, quod tradit Vlpianus in l. Marcellus. ff. de fideiuss. sed 17
ad eam legem hanc affero solutionem, quæ me satis quietum reddit, quanquam nonnulli forsan ceruicosi erunt, qui eam minus probent. Firmè retinendum est quod supra diximus, apertè Iustinianum de furioso, & prodigo testatam nobis sententiam suam reliquisse, cum in l. furiosi. ff. de reg. iur. Pomponii sententiam probarit, qui dixit furiosi, uel eius cui bonis interdictum est, nullam uoluntatem esse; ac pariter Vlpiani, qui Pomponio in hoc assentitur in l. is cui bonis infra tit. nostro. Considerandũ est præterea ipsius Iustiniani in l. Marcellus longè aliam, ac primo aspectu uideri potest, intentionem fuisse, ipse. n. ibi tractaturus de fideiussoribus iudicauit in ea materia recipiendam esse quandam Marcelli traditionem, quæ est, ut fauore creditoris obligatio fideiussoria non impediatur, quoties fideiussor contra principalem ipsum creditorem actione mandati experiri non potest. Iustissima certè est hæc traditio, & illi maximè conuenit exemplum pupilli, pro quo fideiussor interueniens ideò potest obligari, quia uel si ipse soluere cogatur, nullum tamen ex ea re pupillo damnum infertur. Hactenus rectè omnia conueniunt; sed quod affert difficultatem, illud est, quia Marcellus suum hoc pronuntiatum comprobaturus, nõ solum pupilli, sed & furiosi, & eius cui bonis interdictum est, excẽpla eodem ora 18
tionis contextu afferebat, Iustinianus uerò seu compilatores, quanuis hęc duo exempla minimè probarent, sed in iis Iuliano potius, & Vlpiano (quemadmodum uidimus) assentirent, tamen exempla illa nequaquam sustulerunt, non quia non id facere potuerint, ac sæpissimè etiam fecerint, sed ut nos Marcelli inductionem uno orationis contextu traditam, qua sententiam ipse suam confirmat, clarius perspiceremus. neque illud ueriti sunt posse aliquos forsan existimare, etiam quoad furiosum, & prodigum probari sententiam Marcelli, nam huius rei suspicionem planè omnem ademptam ex eo intelligebant, quod alibi de furiosi, prodigique obligatione contrariam Iuliani, Vlpianique sententiam probassent. Atque ut eam adhuc magis suspicionem adimerent, ac se non Marcelli, sed Vlpiani, Iulianique sententiam magis probare clarius ostenderent, hanc ipsam l. Marcellus non Marcelli, sed Vlpiani nomine inscripserunt, nam Vlpianum in eo quod ibi de furioso, ac prodigo traditur à Marcello dissentire perspicuum erat. Quanuis ergo uerè dici possit uideri Iustinianum eas quas refert iurisconsultorum sententias approbare, non tan 19
tùm quoad principalem decisionem, sed etiã quoad cætera, quæ ipsi uel in modum exẽpli, uel alia quacunque ratione adiiciuntur, tamen hoc ita accipiendum est, nisi alio ipse in loco sententiam contrariam amplexus sit, ut fecisse eũ hac in re perspicuè cernimus. Itaque concludamus oportet, quæ in hac ipsa l. Marcellus de furioso, & prodigo in modum exempli traduntur, à Iustiniano quidem referri, sed non approbari. Nec mirum hoc

hoc cuiq; uideri potest, cùm & in aliis multis legibus idem obseruetur, ut in l. quid de creditore.in l. qui bona §. superficiarium.ff. de dam. infect. in §. Thesauros.inst. de rer. diuis.in l.3 ff.de iur.fisci in l. si quis pro emptore.ff.de usucap.in l. 5.§.de arbore. ff. de rei uendic. Ex hac solutione apparet nec Vlpianum fuisse sibi contrarium, quanuis dissentiat à Marcello, neque etiam Iustinianum reprehendi posse, quanuis uno in loco totum Marcelli contextum retulerit, in alio autem non principalem ipsius decisionem, sed duo tantùm exempla ab ipso allata reprobarit. Nos iam plenissimè quoad hasce quæstiones omnes, quæ à Socino,& aliis primo ipso huius Rubricæ initio proponuntur, sententiā nostram explicuimus. Neq; alia de causa in hac tota theorica nostra cæterorum traditionibus aduersati sumus, nisi quia salua ueritate nō posse nos iis assentire iudicauimus. Tametsi uero ex iis,quæ diximus, facilè unusquisq; per se intelligere potest, quibus in rebus ab aliis dissentiamus, tamen placuit insigniores conclusiones in unum colligere, quas cō tra aliorum sentētiam hucusque recepimus. 1 Primùm ergo quod alii sentiunt,ex pacto nudo ueram,ac perfectam iurisgentium obligationem oriri, falsum esse arbitramur. 2 Non tamen propterea illis assentimus,qui pacto nudo naturalem obligationem inesse prorsus inficiantur. 3 Multoque minus illorum sententiam probamus,qui ex promissione quidem nudo pacto facta, at non ex nudo ipso pacto naturalem obligationem oriri existimant. 4 Quæstionem illam nostrorum omnium disputationibus tantopere celebratam, an scilicet iuregentium pro nudo pacto manus regia præstaretur, inanē, ac planè fatuam esse demonstrauimus. 5 Atque in ea & negantium,& aientium opiniolem rectè improbari posse, planum fecimus. 6 Quod temerè omnes admittunt,regulas iuris ciuilis in obligationibus uel approbandis, uel reprobandis à naturali iure dissentire,minimè admittendum censemus. 7 Quod preterea sentiunt, naturalem saltem obligationem, quæ iure gentium absolutam equitatem contineat, ad fideiussionis ualiditatem necessariam esse, nihilomagis concedimus. 8 De exceptione retentionis,atq; compensationis, 9 De nouatione, & constituto idem sentimus. 10 Quæ naturalis obligatio appellatur, eam minus perfectè naturalem obligationem esse ostendimus. 11 Quænam uerò perfectè naturalis obligatio dici possit, preter alios explicauimus. 12 Exceptioni, retentioni, & compensationi, etiam ubi naturalis illa obligatio non adsit,locum esse posse docuimus. 13 Qui ex contractibus innominatis, ante implementum regulariter pœnitentiam dari affirmant, prorsus illos errare arbitramur. 14 Neque tamen iccircò rectè eos sentire credimus, qui pœnitentiam dari planè inficiantur. 15 Quanuis utriusque commodum contineat conuentio correspectiua,neutrius tamen commodum impedire putamus, quominus pœnitentia concedatur. 16 Nos uerò ipsi quo pacto hoc totum accipiendum sit, quod de pœnitentia in dubium reuocatur,præter alios demonstrauimus. 17 Ex conuentionibus correspectiuis non minus, quàm ex simplicibus, exceptionem competere arbitramur. 18 Et propterea quod tradit Vlp. in l. iurisgentium.§. igitur nuda.ff.de pact. ad correspectiuas quoque conuentiones omninò referri debere contendimus. 19 Quod porrò sentiunt nōnulli Vlpianū ibi quoad correspectiuas conuentiones, de exceptione illa intellexisse, quæ proponitur contra agentem ex eodem contractu, planè fatuum esse credimus. 20 Et naturaliter obligari, & naturaliter non obligari pupillum, itemque seruum, rectè posse utrunque affirmari ostendimus. 21 Pro furioso,& prodigo obligari fideiussorem,uerba, quibus utitur Vlp. in l.Marcellus.ff.de fideiuss.apertè demōstrare

ſtrare non dubitamus. 22 Idipſum uerò aut Vlpianum, aut Iuſtinianum ſentire haudquaquam concedimus.

ARGVM.

Recténe Iaſon, & alii inter ſex illos terminos, quos recenſent, pollicitationem enumerauerint, cùm illa uel ad promiſſionem, uel ad pactum, ſeu cõuentionem referri debuiſſe uideatur. Et an uera ſit differentia, quam inter pactum, & pollicitationem noſtri frequentius tradunt.

1 Pollicitationem ad dictũ potius, quàm ad promiſſum eſſe referendam, falsò Iaſon exiſtimauit.

2 Non uidetur pollicitatio eſſe terminus per ſe diuerſus, ſed uel ad pactum, uel ad promiſſionem poſſe referri.

3 Pollicitationem eſſe ſolius offerentis promiſſionem negari non poteſt, ſed uidendum, quomodo hæc Vlpiani diffinitio accipienda ſit.

4 Frequentius receptum eſt, pollicitationẽ non poſſe fieri niſi abſenti.

5 Nuntio, uel epiſtola interueniente, neque etiam abſenti pollicitationem fieri poſſe uulgò concedunt.

6 In quibus caſibus præſenti pollicitationẽ fieri poſſe Doct. fateantur.

7 An conſenſus poſtcà accedens impediat pollicitationem.

8 An quis præſumatur in eadem uoluntate perſeuerare.

9 Quibus legibus probent Doct. præſumi conſenſum inter præſentes.

10 Nõ ex ſola prӕſentia, & taciturnitate præſumitur conſenſus, niſi factum aliquod interueniat, unde hęc prӕſumptio adiuuetur.

11 Si leges communiter adductæ probarent prӕſumi conſenſum ex præſentia, & taciturnitate, idipſum probarẽt etiam quãdo agitur de cauſa oneroſa, quod eſt cõmuniter improbatum.

12 Factum eſt uoluntatis noſtrę optimum teſtimonium.

13 Diſtinctio Torn. inter actum perfectum, & imperfectum quantum ad conſenſus prӕſumptionem refertur, et reprobatur.

14 Poteſt conſenſus præſumi etiam quando tendit ad actum illum perficiendum, ex quo inducitur præſumptio.

CAP. XVI.

Poſt ea, quæ de obligationibus tùm efficacibus, tùm inefficacibus tradita fuere, recentiores hìc fere omnes ſex illos terminos fusè proſequuntur, quos hìc Iaſon primo ipſo huius rubricæ exordio proponit, conuentionem ſcilicet, promiſſionem, pactum, pollicitationem, conſtitutum, & ſtipulationem; è quibus duo ſatis à nobis ſupra fuerunt explicati, pactum ſcilicet, & conuentio. Quæ uero de promiſſione, & conſtituto dicuntur, non eam mihi uidentur habere difficultatem, ut noſtra egeant declaratione. Quocirca ne iis in rebus, quæ per ſe planæ, & faciles ſunt fruſtra tempus conteramus, ad pollicitationem quamprimùm deueniamus, cuius explicationem omnes difficillimam non immeritò iudicarunt, moxque demum ad ſtipulationis aggrediemur tractationem, quæ quoniam huius noſtri tituli propria eſt, nos in ea (ut & cæteri faciunt) aliquãto diutius inſiſtemus. Inter reliquos ergo ſex terminos Iaſon hìc pollicitationẽ quoque recenſet, quam ſolius offerentis promiſſionem eſſe conſtat, ut defin. Vlp. in l. pactũ. ff. de pollicitat. Dicitq; Iaſon pollicitationem uerius appellari poſſe dictum, q̃ promiſſum atque id (quam uis male) probari exiſtimat, ex l. ſciendum. §. dictum. ff. de Ædilit. edict. uerè enim probatur ibi pollicitationem ad promiſſum potius, quàm ad dictum 1

eſſe

esse referendam. Animaduertendum in primis est, uideri Iasonem in eo errasse, quòd praeter pactum, & promissionem, pollicitationem quoque tanquam terminum diuer-
2 sum, atque ab alijs distinctum percenset. Nam aut damus pollicitationem acceptantis quoq; consensum posse continere, ut Alciatus, Zasiusq; uoluerunt, & pleriq; alij, quos infra referemus, & non debuit pollicitatio à pacto separari, in quo praeter duorum consensum nihil aliud requiritur. Aut à pollicitatione acceptantis consensum excludimus, ut receptior nostrorum opinio est, & rectè probari uidetur ex illa diffinitione pollicitationis à Vlpiano tradita in d.l. pactum.ff. de pollicit. hoc modò pollicitatio cum promissione planè conueniet. Vt ergo haec dubitatio tollatur, uidendum est, quomodo ipsa pollicitatio à pacto, seu conuentione distingui possit. Quae res sanè difficillima est, nostrosque omnes interpretes maximè anxios, ac sollicitos habuit. Cùm enim non rectè declarent, quid sit pollicitatio, frustrà etiam insudant, dum exempla studiosè inquirunt, quae ipsius pollicitationis naturae conueniant. Nos ut accuratiùs, quàm caeteri hanc rem totam explicemus, referemus primò aliorum opiniones: deinde quid uerè existimemus concludi posse, sic aperiemus, ut ex ijs, quae sumus dicturi, facilè unusquisq; intelligere possit, quàm multa ex ijs superflua, ac planè inania sint, in quibus nostri interpretes miserè torquentur, summoq; studio inter se contendunt. Quo
3 niam uerò negari non potest, quin pollicitatio sit solius offerentis promissio, cùm eam sic definiat Vlp. in l. pactum.ff. de pollicit. uideamus quo pacto haec solius offerentis promissio accipi debeat. Frequentiùs recipitur illa opinio (quemadmodum hîc Ias.
4 animaduertit nu. 8.) tunc tantùm induci pollicitationem, cùm illa fit absenti, ita ut consensus acceptantis non interueniat, qui si uel expressim accederet, uel tacitè praesumi posset (ut semper illum praesumi credunt, cùm praesenti id pollicemur, quod ipsi commodum esse potest) non pollicitatio, sed pactum (ut ipsi inquiunt) induceretur; Ita sentit Cyn. in l.1. in 2. opposit. C. de pact. Bart. ibidem in 1. col. Io. Imolens. in c. cum contingat. extr. de iureiur. Alex. in l. 1. in fin. ff. de pact. Alber. & Ias. in l. iurisgentium. §. quinimò in 2. col. ff. de pact. Bald. in l.2. ff. de iureiur. Abbas in c. per tuas, extra de arbitris. Sanseuerin. in tractatu de pact. in 5. quaestio. Socinus, Ruinus, Ripa, Niger, Verius, & alij plerique recentiores in hac Rubrica. Habet haec opinio duo capita, affirmatiuum unum, posse scilicet pollicitationem fieri absenti, negatiuum alterum, non posse eam fieri praesenti. Quod primo capite concludunt, uerè pollicitationem esse, quae fit absenti, ita accipiendum
5 esse dicunt, dummodo absque nuntio, uel epistola fiat; Alioquin is cui pollicemur nuntio allato, uel epistola accepta statim consentiret, ideoque ex pollicitatione pactum fieret, ut concludunt Accurs. & Bart. in l. illud. C. de sacros. eccles. Bart. in l. 1. nu. 71. col. 17. in princ. ff. solut. matrim. Nec secus sentiunt de illa pollicitatione, quę fit Reipub. Dicunt enim missa ad Rempub. epistola, ac decemuiris reddita, uideri eos protinus consentire, ex eoq; consensu pactum induci, ut tradunt hîc Ripa, Crotus, & Gauliaula post Bart. in l. Charidemo. ff. de pollic. itemq; Fortunius Garzia in c. 1. extra de pact. licet Alciat. hîc nu. 8. & Mandellus nu. 108. ita demum hoc in Rep. fateantur, si aliquid interuenerit, ex quo Reipub. consensus clarius ostendatur. Quod praetereà secundo capite concludunt, non posse pollicitationem
6 fieri praesenti, ita accipiunt, dummodò pollicitatio ex tali causa fiat, in qua consensus pręsumi possit, ac nihil planè sit, quod hanc praesumptionem impediat. Qua-

N re si

re si is cui fit pollicitatio, expressim diceret se neq; consentire, neq; aduersari, eo casu pollicitationem esse concedunt, ut declarat hîc Ias. in uers. secundo considera. Atq; idem sentiunt, quoties pollicitatio fit ex causa onerosa, propterea quòd non præsumat is consentire, cui onus potius, quàm cômodum pollicitatio sit allatura, ut docet Bart. in l. quę dotis. ff. solut. matr. & facit. l. filiusfam. §. in uitus. ff. de procur. Idemq; etiam semper futurum tradit hîc Ias. quoties pollicitatio nullam pręsenti afferret utilitatem, quanuis neque onus contineret, putat enim tunc eum qui præsens est, & tacet non præsumi consentire, & ita intelligit reg. is qui tacet, de reg. iur. in 6. Quanquàm uerò Socinus uidetur huic limitationi aduersari, cùm dicit se percurrendo totum illum titulum de pollicit. non inuenire, ubi nam ex alia causa fiat pollicitatio, quàm quæ lucrum aliquod contineat, tamen hæc ipsa limitatio à cæteris cômuniori calculo approbatur. Alio præterea modo restringunt hoc cômune pronunciatû, ut dicant tum demû consensu acceptantis impediri pollicitationem, cum initio adest consensus, non si posteà interueniat, non enim accedente posteà consensu pactû induci, sed manere adhuc pollicitationem 7
uolunt, ut Ripa hîc nu. 21. qui dicit in pacto requiri consensum (ut ipse appellat) simultaneum, Ideoq; non obstare, quòd qui promittit, in eadem uoluntate credatur perseuerare, donec alter consentiat, negat enim hunc esse consensum simultaneum, sicut quando præsenti, aut etiam absenti, sed per nunciû, uel epistolâ aliquid pollicemur, ut declarat Accurs. in l. consensu sup. tit. 1. Imò uerò sunt qui amplius negent promittentem in 8
ea perseuerasse uoluntate existimari debere, & ad l. eum qui. ff. de probat. respondeât legem illam ita intelligendam esse, ut de firma, ac deliberata uoluntate loquatur, neq; habeat locum in uoluntate infirma, & adhuc minimè stabilita, qualis est illius, qui absenti pollicetur, secundum Panorm. in c. si cautio, extr. de fide instr. Has duas tâtùm huic regulæ exceptiones afferunt, in cæteris autê omnibus casibus generatim concludunt, eam quæ præsenti fit, uerè pollicitationê dici non posse. Mouenturq; compluribus legibus, ex 9
quibus uidetur probari, præsumi consensum inter pręsentes, ut ex l. qui patitur, & in l. si remunerandi. §. si passus. ff. mandati. l. qui fide. l. si fideiussor. ff. eo. tit. mâdati. l. donationes. §. species. ff. de donat. Afferunt etiam recentiores nonnulli leges illas, quæ de pacto planè tacito mentionem faciunt, ut l. 2. & l. si creditores. C. de pact. in quarum legum explicatione Iacob. Mandellus hîc diutissimè insistit. In huius primæ sententię confutatione non erit nobis magnoperè elaborandum, namq; illam rectissimè reprobant Alciatus, alijq; nonnulli recentiores, qui tamen in reprobando, quàm in concludendo longè rectiùs loquuti sunt. Apertissimè aduersantur huic opinioni omnes leges, quas paulò post adducemus ad secundæ opinionis confirmationem, quibus probatur non uideri eum consentire, qui præsens est, & tacet; Ex quibus planè tollitur illud fundamentum, quo solo nituntur communis sententiæ propugnatores, dum dicunt, ob præsumptum consensum mutari pollicitationem, ac transire in naturam pacti. Ad leges autem proximè adductas, quibus contraria sententia uidetur probari, respondetur, ut præfati interpretes rectè respondent, tunc illis locum esse, cum non ex eo solo sumitur præsumptio, quod taceat is, cui promissum est, sed quia factum extet aliquod, ex quo 10
consensus præsumi possit. Ac ne aliunde, quàm ex illis ipsis legibus, quæ fuerunt adductæ, exempla desumamus, perspicuè cernimus in d. l. qui patitur, & in d. l. si remunerandi. §. si passus. ff. mandati, maximam causam esse, cur qui præsens est, consentire credatur, nô quia taceat simpliciter, sed quia ꝑmittit pro se aliû fideiubere, & quod ex ea fideiussione

sione proficiscitur, cõmodum acceptat. Siquidem ob eam, uel pecunias sibi mutuo dari impetrabit, aliter forsan non impetraturus, uel admittetur ad litigandum, uel carcere, ac uinculis liberabitur, aut id genus alia consequetur cõmoda, quæ non dato fideiussore haudquaq; consequi potuisset. Itaq; qui patiť pro se fideiuberi, non tãtùm tacet, sed patiẽtiã insuper, imò & factũ aliquod præstat. Ex quo fit, ut rectè concludere possimus cõsensum nõ ex sola promissione oriri, sed ex re ipsa, atq; ex cõmodo, quod is pro quo fideiubeť, ex fideiussoris facto consequiť. Quam responsionẽ nõ modò uerã, sed necessariam esse, etiam qui cões traditiones tueri uoluerint, ea ratione fateri coguntur, quia si
11 taciturnitas ibi sola spectareť, probarent prædictæ leges præsumi cõsensum ex pręsentia, & taciturnitate etiã quãdo de causa agiť onerosa. Nihil enim aliud ibi agiť, nisi ut qui p̄sens est, & tacet, mãdati obligeť, quod uerè inter onera recenseri potest. §. 1. ubi Accurs. in uer. nec ullũ, inst. de author. tutor. At in causa onerosa pręsumi consensum, nõ solùm cõmuniter non admittiť, sed ab omnibus planè una uoce improbať; Et hoc idẽ rectissimè animaduertit Io. Bolognetus in Rub. C. de pact. In quibus ergo legibus probatur consensum præsumi, eam præsumptionem non sola præsentia, & taciturnitas inducit, sed factũ illud fideiubendi, in quo eius, qui pręsens est, patientia cernitur. Ex facto enim
12 rectè in hunc modum argui consensum fatentur omnes, & perspicuè colligitur ex l. quidam ex parte. ff. de euict. Vbi si uniuersa prædia hæreditaria uendiderit qui ex parte tantùm dimidia hęres institutus erat, & cohæredes pretium pro parte sua acceperint, cùm uenditioni præsentes fuerint, nec dissenserint, uidentur consensisse omnes, ac partẽ quisque suã uendidisse. Ne igitur in ijs rebus, quæ ab alijs illustratæ sunt, frustrà tempus conteramus, concludamus hanc unã responsionẽ uerissimã esse, frustraq; alias responsiones
13 inquiri. Hieronymus Torniellus hîc nu. 61. existimat inter actũ perfectũ, & imperfectum distingui oportere, ait enim propterea in l. qui patitur, alijsq; similibus legibus, præsumi cõsensum, quòd fideiussio, quæ ibi pręcessit, sit actus perfectus, ideoq; non tendat cõsensus ad perficiendũ illũ actũ, ex quo præsumptio ipsa desumitur. At non præsumi cõsensum ex sola promissione, uel pollicitatione, cum illa per se (ut ipse inquit) sit actus imperfectus, nisi præsumpto consensu perficiatur, & ad formam pacti redigatur. Nos tamẽ non putamus hoc spectari oportere, siquidem parum referret, essetne per se actus perfectus, an præsumptione perficeretur, dummodò alioquin actus esset eiusmodi, ut ex eo præsumptio oriri possit; Nam si nũmos meos me sciente, & non contradicente mutuo dederis, consensus inde meus præsumitur, & tamen actus ille ex quo hæc desumitur præsumptio, per se imperfectus est, nec per se mutuũ dici potest, sed ad eũ perficiẽdũ tendit huius mei cõsensus præsumptio, sicuti cõtraria p̄sumptio illũ planè infirmaret, id quod
14 rectè colligiť ex l. certi cõdictio. §. si nũmos. ff. si cert. pet. Sola etiã iudicij susceptio pręsumptionẽ consensus ad perficiendũ pactũ inducit. l. 2. C. de pact. & tñ uix est, ut per se illa perfectus actus dici possit. At uel si maximè hosce actus per se perfectos esse cõcederemus, hoc tñ parũ nos moueret; nam fatebimur ita ut plurimũ euenire, ut actus ille, ex quo præsumiť consensus, per se perfectus sit, ita ut tẽdat cõsensus nõ ad illũ ipsum, sed ad alium aliquẽ potius actũ perficiẽdũ; sed tñ dicemus non quę ex accidenti fiunt, sed naturam potius ipsam, ac ueras cuiusque rei causas spectari oportere.

ARGVM.

AN ne Baldus, & alij qui pollicitationem etiam præsenti fieri posse dicunt, ueram ipsius pollicitationis naturam, & substantiam propterea fuerint assequuti.

1 Opinio Baldi à Modernioribus frequentius recipitur.
2 Poteſt quis alteri iniuriam facere etiam in eo, in quo ipſi utilitatem affert.
3 Tacere medium eſt inter affirmare, & negare.
4 Confeſſio non præſumitur acceptata, niſi expreſſim id fiat.
5 Conſenſus tacitus, qui inducitur in neceſſariam conſequentiã eius, quod expreſſum eſt, à nonnullis expreſſus iudicatur.
6 Doctores in hac difficultate loquũtur de conſenſu præſumpto ex ſola præſentia, & taciturnitate.
7 Baldi, & ſequacium uerior opinio, quam communis.
8 Reſponſiones quæ uulgò accommodantur ad l. ex pollicitatione. ff. de pollic. friuolæ ſunt.
9 Errant qui putant pollicitationis naturam ideò ſe rectè explicaſſe, quòd inter præſentes non præſumi conſenſum demonſtrauerint.
10 Conſenſu acceptantis pollicitatio non impeditur, neque eius natura ulla ex parte immutatur.
11 An ex pollicitatione oriatur obligatio.
12 Leges quæ probant ex pollicitatione obligationem oriri, non rectè ad naturalem obligationem reſtringi poſſunt.
13 Ex inefficaci quoque pollicitatione naturalem obligationẽ oriri poſſe Butrius, & Abbas concedunt.
14 L. pactum. ff. de pollic. nihil prædictis aduerſatur.
15 Propriè dicimur offerre ijs, qui præſentes ſunt.
16 Nulla eſt cauſa, cur pollicitationi, quæ Reip. facta ſit, decuriones non conſentiant.
17 Non eſt illis aſſentiendum, qui inter conſenſum Reip. & conſenſum priuatorum diſtinguunt.
18 Variæ leges percenſentur, quę in pollicitatione conſenſum acceptantis admittunt.

CAP. XVII.

EX ſuperioris opinionis confutatiõne oritur altera, quę eſt, ut pollicitatio unius quidem tantùm promiſſionẽ contineat abſq; alterius conſenſu, & in hoc differat à pacto, ſed tñ præſenti quoq;, & tacenti fieri poſſit; Niſi fortè præter præſentiã, & taciturnitatẽ alia res aliqua interueniat, ex qua conſenſus acceptãtis colligi poſſit. Fuit hæc opinio Guliel. de Cun. Baldi, & Cornei in l. ſeniũ. C. qui teſtamẽt. fac. poſſunt. Hoſtienſis in ſumma extr. de pact. quã ſequunĩ Alciatus, Crotus, Torniellus, & Mãdellus hoc in loco, Cagnolus, & Io. Bolognetus in Rub. C. de pact. Franc. Duarenus in l. 1. in uer. duorum. ff. de pact. Et hanc fortaſſe ueriùs communem dixerimus; frequentiùs enim à recentioribus in hanc uentum eſt, licet ſuperiorem opinionem pleriq; cõmunem appellẽt, 1
qui antiquiorũ numerũ ſpectarunt, atq; inter alios Alciatus hîc, Galiaula, & Torniellus. Aretinus quoq; in l. 2. ff. de leg. 2. in princ. 2. col. itẽ Decius in Rub. C. de pact. idẽ propè ſenſiſſe uidentur. Vnde Torniellus hîc nu. 61. cũ hac opinione Baldi, ipſorũ quoq; opinionẽ cõfundit; quod tñ nos nõ ſatis probamus, nã uerè opinio Aretini, & Decij aliquãtũ ab hac diuerſa eſt, ut poſteà oſtẽdemus. Potiſſimũ autẽ fundamẽtũ, quo nitiĩ hæc opinio Baldi, ſuperioris opinionis fundamẽto planè cõtrariũ eſt. Siquidẽ hîc cõſtãter illud retinẽt ex præſentia, & taciturnitate non præſumi cõſenſum, qui poſſit pollicitationem impedire. Ex quo etiã inferũt donationẽ factã præſenti, & tacẽti nõ ualere, quia donatio pactũ ſaltẽ requirit, at hîc cõſenſus nõ præſumiĩ, quo pactũ perfici poſſit, ut p Guliel. de Cun. & Bald. in d. l. ſeniũ. C. q. teſtam. fac. poſſ. Quos ſequiĩ Crotus hîc, licèt in hoc quoque contra ſeſe habeat cõmunis opinio, ut aduertit Galiaul. nu. 59. Hoc ipſum uerò fundamentũ, nimirũ pręſentis, & tacentis cõſenſum non præſumi, probant ea ratione, quia quoties ipſe coram adſum, meamq; uideo utilitatem agi, & tamen taceo, cùm meam

facilè

facilè uoluntatem,uel uno uerbo, aut etiam nutu testari potuissem, aut dissentire existimandus sum, aut certè non consentire, sed perplexus mecum deliberare. Eoque maximè quia quæ aliis expediunt,imò & quæ per se utilia sunt, possunt uariis de causis nobis esse non utilia. Quod etiam iurisconsulti sæpè considerant ut in l. ult. ff. de usu & habit. in §. huic tamen qui loco, in fine, inst. de action. Et hinc concludunt, posse nos
2 alicui iniuriam inferre tunc quoque,cùm id agimus,quod illi ipsi utile sit l. si seruus. §. si puerum. ff. ad l. aquil. Quod si aliæ causæ omnes deessent, cur id non acceptarem, quod mihi commodi mei causa promittitur,extat tamen semper illa,ne obliger ad remunerandum. Neque enim potest,qui ingenuo animo præditus sit, quicquàm acceptare, quin de referenda gratia cogitare statim incipiat, ad quã rem natura ipsa omnes obligamur l. sed & si lege §. consuluit.ff.de petit. hæredit. Et propterea rectè regula constitu
3 ta est, ut medium sit inter affirmare,& negare sit tacere l. qui tacet. ff. de reg. iur. Qui ta " cet(inquit Paulus) non utique fatetur, sed tamen uerum est eum non negare. Quam " regulam usurpat etiam Bonifacius in c. is qui tacet. de reg. iur. in 6. Itaque quod dicit idem Bonifac.in reg. Qui tacet.proximè superiori,eum qui tacet consentire uideri, eo casu accipiendũ est, quando non simplici uerbo aliquid promittitur,sed res, & facta interueniunt,ex quibus diximus facilius consensum præsumi posse. At quod traditur inc.is qui tacet, & in l. qui tacet .ff.eo.ad simplicia uerba referendum est. Quod satis ostendit uerbum illud,negare, utrobique appositum;non.n. facta negantur, sed tantùm ea quæ quæ simplici uerbo prolata sunt. Sicque ex harum legum explicatione colligitur non credi eum,qui tacet,acceptare id quod simplici uerbo sibi promissum fuit. Confirmant
4 hoc Alciatus, Ripa, aliique recentiores exemplo confessionis,quę non præsumitur acceptata, nisi expressim id fiat, alioquin confitenti nullum planè præiudicium affert,ut sentit Salyc .in l. unica in 15. oppos. C. de confessis, & in l. generaliter in 6. quæstione. C. de non num.pecun. Curtius senior in cons. 18. in c. At si clerici.col.10. nu.21. de iudic. Felin.in c.si cautio col. 5. de fide instrument. Iason in l. postquam liti. ubi multa ad hoc adducit col.1.C. de pact. Et hanc opinionem frequentius esse receptam testantur hic Alciatus, & Ripa,quanuis contrariam sententiam magis probet Panormitanus in c. ult.per illum text. extra,de success.ab intestat. Parum quidem nos moueret hoc argumentum, ut etiã illud,quod nõnulli sumunt ex l.1.§.si stipulanti infra eo,aliaque nonnulla,quę certatim moderni afferunt; Sed tamen ob rationem superius adductam uerissimè hoc concludi posse arbitramur,ex sola pręsentia,& taciturnitate consensum non præsumi. Quanquam non inficiamur, quin & sine uerbis tacitè colligi possit ex patientia, & factis, ut dictum est, atque ex uariis prætereà coniecturis. Est uerò etiam interdum cum uel si tacitè, tamen in eius, quod expressum est, necessariam consequentiam, consensus inducatur; quo casu perinde est,ac si fuisset expressus ar. l. tale pactũ §.ult.ff.de pact.
5 & l. cum quid.ff.si cert. petat.imò sunt qui existiment,uerius tunc posse expressum,q̃ tacitum dici,quòd ex ijs quæ expressa sunt,necessariò colligatur,ut dicũt Accurs.Bart.Alex. & Iason in l. Prætor.§. interdictum. ff. de no. op. nunciat. Si uerò aliæ desint coniecturæ, sola præsentia,& taciturnitas ad consensum præsumendum ponderis non satis habet. De tali uerò consensu prorsus tacito,& qui colligitur ex sola presentia,& taciturnitate, loquuntur nostri interpretes, non tantùm Baldus, Corneus, Alciatus,& alii, qui tuẽtur hanc secundam opinionem,& qui negant præsentis consensum in pollicitatione præsumi, sed etiam qui priorem illam, ac magis communem opinionem amplectuntur, &

con-

consensum præsumi uolunt, Neque.n.dubitandum est, quin uelint consensum præsumi 6
ex sola præsentia, & taciturnitate, cùm ex hac præsumptione argumententur nunquam prorsus præsenti, & tacenti pollicitationem ex causa lucretiua fieri posse. Quo fit, ut probare non possim quod dicit hìc Camillus Plautius lib. 6. cap. 7. uideri scilicet doctores in hac quæstione uerbis magis, quàm re dissentire; fieri.n. hoc non potest, cum de eodem consensu loquantur, atque illum ipsum præsumi alii negent, alii uerò affirment. Quoniam nos quantum ad hanc præsumptionē Baldo, Corneo, & Alciato potius assentimur, 7
quàm iis, qui communes partes tuentur, uerissimum quoque illud esse iudicamus, quod ipsi ex hoc inferunt, pollicitationē nimirū posse fieri præsenti. Idq;optimè probat respōs. Modestini in l. ex pollicitatione. ff. de pollic. ibi pollicitatio apud Rempub. fit; quæ uerba nihil aliud significant, nisi fieri pollicitationem præsentibus decurionibus, uel aliis quibus Reipub. administratio incumbat. Nec quicquàm nos mouent responsiones, quas Curtius, Galiaula, Socinus Iunior, & Berengutius ad hanc legem accomodare conantur, quas omnes cōstat esse eiusmodi, ut iu illis refellēdis minimè tempus conterendū sit. 8
At non proptereà existimandum est Baldum & alios, qui Baldi opinionem sequuntur, quanuis in hoc rectè sentiant, quod pollicitationē præsenti fieri dicunt, uerā ipsius, pollicitationis naturā, & substantiā assequutos esse, rectéq; declarasse, quid pollicitatio ipsa sit. 9
Illi.n. ut ostēdant pollicitationē posse fieri præsenti, demonstrare conātur præsentis cōsensum nō præsumi; Quā disputationē (iudicio meo) frustra suscipiunt, siquidem nō rectè id sibi in animū induxerūt, cōsensu pollicitationē impediri, ita ut ubi cōsensus sit, ibi pollicitatio adesse nō possit; qua in re consentiunt ferè omnes præter Crotum, & Verium hìc, 10
& Graziam in l.1.col.1.& 2.ff.de pactis: Idipsum uerò ut faterentur, coegit illos definitio à Vlpiano tradita in l. pactum, quam alio modo euitare nesciuerunt. At hoc (ut diximus) ab omni ueritate alienissimum est, prout argumentis apertissimis demonstratur, quibus neminem puto aduersaturum qui non sibi ipsi mentiri uoluerit. Habemus primò illud argumētum, quo utitur Voconius à Vocuna declar.65 & est eiusmodi. Vbi adest obligatio, ibi quoque cōsensum adesse necesse est, quod cum per se exploratissimum est, tùm expressim traditur à Vlp. in l. 1. §. usqueadeò. ff. de pact. At in pollicitatione inest obligatio, quæ ex ipsa pollicitatione oritur, ergo in pollicitatione consensum adesse necesse est. Oriri ex pollicitatione obligationem, probatur ex l.1.§.non semper.ff.de pol- 11
„ lic. Non semper autem obligari eum qui pollicitus est, sed siquidem ob honorem promiserit decretum, uel decernendum, uel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione, si uerò sine causa promiserit, non erit obligatus. Quod ipsum etiam expressim traditur in l.1.§.1.& §.sequenti, in l.ob casum & in l.toties.§.1.ff.eod.tit. Non me latet ab hoc cæteros interpretes dissentire, qui uno ore concludunt, nō oriri ex pollicitatione naturalem obligationem, ac ne quidem ex pollicitatione, quæ Reip. facta sit. Ita.n. concludunt Accurs.& Bart.in l.si unus §. pactus ne peteret col.7.in priuc.nu.17.ff.de pact. Bal. Fulg.& Iason ibidem, Curtius Iunior in rub.C.de pact.nu.10: Fortun. Garzia in l.1.col.1: ff.de pactis, Alciatus, Socinus Nepos, aliique plerique hoc in loco, inter quos Mandellus hanc communem opinionem appellat, eamque summa ui defendere contendit. At nos illam falsam esse contendimus, non solum ob leges proximè adductas, quæ ex pollicitatione nos obligari perspicuè tradunt, quæq; ad ciuilem tantum obligationem non nisi ineptissimè, & cum maxima diuinatione restringi possunt, Verùm etiamquia naturalis obligationis fundamentum (ut sæpè iam inculcauimus) æquitas est l. stichum. §. naturalis.ff. 12

lis.ff.de solut. At pollicitationes seruari æquissimum est, ut dicit Vlpianus in l. pactum in fine.ff.de pollic. Quod si non æquum esset, ut ex pollicitatione fieret exactio, cur id iure ciuili permitteretur? Semper enim illud constantissimè retinendum est, quod supra diximus, ad naturalis æquitatis præsidium leges ciuiles inuentas esse, neque ab illa unquam dissentire, nisi quatenus contingat, ut propter rerum uarietatem, ac difficultatem probationum, legum præsumptio à uera, naturalique æquitate nõnunquam aberret, ut in literarum obligatione, iudicati authoritate, & id genus aliis. Quod cum hîc non contingat, nihil afferre possunt, cur hîc naturalis æquitas, ac consequenter naturalis obligatio non adsit. Atque hoc idem, quod nos concludimus, ex pollicitatione naturalem oriri obli-
13 gationem, de inefficaci quoque pollicitatione haud obscurè fatetur Butrius in c. ex parte de censib. & Abbas in c. qualiter extra de pact. qui uolunt etiam ex illa pollicitatione quæ iure ciuili inefficax est, oriri actionem iure pontificio. Ego ut de pollicitatione inefficaci hoc non rectè affirmari posse puto, sic de illa, quæ iure ciuili efficax est, hoc certissimum esse iudico, atq; omni planè dubitatione carere, nimirum oriri ex ea naturalē obligationem, mirorq; tàm concordibus sententiis nostros interpretes huic rei aduersatos esse, cùm tamen nihil afferant, quod non planè futile, atque inane sit. Putant ipsi ad hanc rem probandam, omnium fortissimum esse argumentum quod desumitur ex l. pa
14 ctum.ff.de pollicit. Nam cum ibi dicat Vlpianus quasi debitum exigi quod quis reip. pollicitus est, ex hoc colligunt nec illarum quidem rerum, quas reip. pollicemur, ueram, & propriam obligationem esse, propter illam dictionem quasi. At nemo non uidet illorū uerborum sensum esse, ut tanquam debitum exigatur, quod quasi debitum exigi dicitur, ut rectè respondent hîc Niger, aliique nonnulli. Nam hac significatione accipi dictionem quasi, nemo dubitare potest, qui Latinitatis non planè imperitus sit, cum & aliis quàm pluri mis legibus, hæc ipsa dictio sic accipiaē ut in l.1.ff.de reg. iur. ubi Accurs. l. si ante nuptias & ibidē Accurs.ff.solut.matr.l.mulier.§.ult.ff.ad Trebell.l.nec is §.1.ff.de acquir.hæred.l. 1.ff.ad l. Iuliā de ui publ. Sicq; ēt accipit euāgelicæ ueritatis interpres in Io.c.1.ubi legūtur illa uerba, quasi à patre unigeniti. Itaq; dubitādū nō est, quin pollicitationi naturalis insit obligatio, quod si illa inest cōsensum quoque ipsi inesse necesse est, nisi uelimus mendacē esse Vlp. in l.1 §.adeo de pact. Et hoc est, primum argumentum, quo probatur, ex consensu pollicitationem non impediri. Quod ipsum probatur præterea hac ratione. Tanquam uerissimum illud retinendum est (dicant alii quicquid uelint) posse pollicitationem fieri præsenti, ut liquidò ostendunt leges, quæ loquuntur de pollicitatione apud remp. facta l. pactū & l. ex pollicitatione.ff.de pollicit. Nec verò possunt aliter accipi (quemadmodum & supra diximus) nisi ut loquantur de pollicitatione, quæ coram decurionibus fit, aliisue reip. administrationibus, ita.n. accipitur illa dictio, apud in l. is apud quē C.de edēdo l. Eū ff.de in ius uocan. l. de iure in princ.ff.ad municip. Facitque etiam ad hanc rē sanè pluri
15 mum uerbum illud; offerentis; quo utitur Vlp. in diffinitione pollicitationis. Propriè dicimur offerre iis, qui præsentes sunt; ac sic passim in nostris legibus uerbum hoc accipitur l. Iulianus. §. offerri. ff. de solut. l.1.C.de iis qui in prior.cor.cred.loc. success. Autēt. offertur cum simil.C.de lit.contestat. At uerò ubi fateamur (ut fateri necesse est) posse decurionibus præsentibus fieri pollicitationem, non poterimus deinde inficiari, quin pollicitatio utriusque partis consensum possit continere. Etenim si attentè, minimèq; cauillo
16 se hanc rem totam considerare uoluerimus, uidebimus illas causas, quę in priuatis hominibus consensus pręsumptionem impediunt, in decurionibus nequaquam uigere, nam acce-

ptare

ptare ipsi debent, quæ reip. utilia sunt, & hanc utilitatem ex reip. commodo æstimare non ex ipsorũ arbitrio, id quod priuatis tantum leges concedunt l. ult. ff. de usu & habit. At nec uerecundiæ gratia Decuriones recusare existimandi sunt; neque ob eam causam, ne teneantur ad remunerandum, præsertim si propter honorem iam decretum facta fuerit pollicitatio. Quapropter nulla ratione defendi posse arbitror, in pollicitatione præsentibus decurionibus facta decurionum consensum non interuenire. Parum etiam tutum illud præsidium est, quod hic Ripa attentauit, cum dixit, non eundem, qui priuatis, reip. consensum esse. Nos enim satis esse dicimus, talem reipub. inesse consensum, qui 17 ad contrahendum sit sufficiens; posse autem remp. cõtrahere exploratissimum est l. ciuitas. & ibi plenissimè tradunt interpretes. ff. si cer. pet. Ac denique (ne in re, iudicio meo, minimè obscura nimis diù, quàm par sit, commoremur) pollicitationi consensum inesse posse, ostendunt aliæ quoque leges permultæ, in quibus iurisconsulti passim cuicunque conuentioni pollicitationis nomen tribuunt, cum tamen deesse illis consensum acceptantis ne suspicati quidem ullo modo fuerint. Habemus hoc in l. 1. C. de iu. dot. in l. ulti. C. ad Velleian. in rub. & in l. ad exactionem C. de dotis promiss. & nuda pollicitatione, in l. cum donationis C. de transact. in l. sciendum. §. dictum. ff. de ædilit. edict. in l. 1. §. penult. ff. de collat. dot. in l. qui mutuam. §. salarium. ff. mand. Quæ leges omnes quo pacto accipiendæ sint, ex ea quam nos trademus inferius, huius difficultatis explicatione, optimè intelligitur. Iam satis (ut arbitror) demonstratum est, errare Baldum, & qui hac in re ipsius opinionem sequuntur, dum putant, ex eo æstimandam esse pollicitationem, uimque ipsius omnẽ in eo positam esse, quòd offerentis promissio nõ fuerit acceptata. Quod si non aliud, at saltem hoc unum maximè illos debuit mouere, quòd uiderent, in toto illo tit. de pollicit. nullam prorsus legem esse, in qua iuriscõsultũ ullum id spectasse coniici possit, anne adsit, uel non adsit consensus acceptantis. Sed decepit illos proculdubio diffinitio illa pollicitationis à Vlpiano tradita in l. pactum. ff. de pollic. quã putarunt nullo alio modo, nisi ut à pollicitatione acceptantis consensum excluderet, intelligi posse. Itaque uidemus adhuc ignorari, quid sit pollicitatio, aut quomodo ipsius diffinitio accipienda sit.

ARGVM.

Præter duas, quæ superius allatæ sunt, quatuor insuper alias de pollicitatione nostrorũ opiniones extare, quæ tamen omnes à ueritatis scopo aberrare uideantur.

1 Opinio Decii existimantis cõsensu tantũ expresso perfici pactũ, alioquin esse pollicitationem.
2 Hostiensis in diffinitione pacti requirit cõsensum esse uerbis expressum.
3 Aduersantur Decio omnes leges, quæ de pacto tacito loquuntur.
4 An ne quicquam differat opinio Decii ab opinione Aretini.
5 Aretinus excludit tantùm consensum, qui inducitur ex præsentia, & taciturnitate, non autem recquirit consensum planè uerbis expressum.
6 Franc. Connani opinio.
7 Quantum ad pollicitationẽ, quicquid alii sentiant, non est habenda ratio, quomodo consensus uel exprimatur, uel præsumatur.
8 Vel si uerissima esset opinio Aretini, non tamen tolleret potissimã difficultatem, quæ proponitur in materia pollicitationis, neq; ipsius naturã rectè explicaret.
9 Sunt qui putẽt, pollicitationem fieri posse tãtum uel Deo opt. max. uel reip. aut si

quæ

quę alia sunt, quęReip. cõparari possint.
10 Vtrũ Deus, & Respubl. consentiant eo cõ sensu, qui in materia pactorum sit consi derabilis. & infrà nu. 12.
11 Iason fatetur pollicitationem esse etiam quæ priuatis fiat, negat tamen esse efficacem, nisi Reip. fiat, uel collegio, aut similibus locis.
12 Remp. posse cõtrahere compertissimũ est.
13 Promissiones priuatis factæ à diffinitione pollicitationis non excluduntur.
14 Opinio Voconii à Voc. qui in pollicitatione consensum etiam uerbis expressum admittit.
15 Grãmaticalis differentia inter pollicitationem, & promissionem.
16 An possit fieri pactum etiam præcedente interrogatione.
17 Differentia inter pactũ, & stipulationem.
18 Quomodo tùm à pacto tùm à stipulatione differat pollicitatio, secũdum Voco.
19 Prædicta Voconii opinio reprobatur.
20 Non ut Grammatici nunc disputamus, sed ut iurisconsulti.
21 Pacta inefficacia non differunt specie à legitimis, atque efficacibus, neque sub diuersis titulis ponuntur.
22 In iuris nostri terminis constituendis non uerborum, sed rerum ipsarũ, atque effectuũ differẽtias iuriscõsulti spectarunt.
23 Nota differentia inter libertos, & libertinos à iurisconsultis non usurpatur.
24 Nũquàm poterit animus acquiescere, nisi talem pollicitationis essentiam esse demonstratum fuerit, cui pacti diffinitio non conueniat.

CAP. XVIII.

Tertia nobis sese offert opinio, in qua reperio fuisse Deciũ in Rub. C de pact. nu. 3: & hæc quoque ex proximę superioris reprobatione oriri potest. Cum hoc forsan Dec. cogitaret, quàm durum sit, quàmq; à iuriscõsultorum omnium sententia abhorreat, pollicitationem tàm angustis finibus concludi, ut nunq̃ ipsi locus esse possit,
1 nisi acceptantis consensus planè desit, fatetur ipse posse pollicitationi acceptantis consensum inesse, non tamen eiusmodi, qui pactum ualeat perficere. Quare pactum à pollicitatione in eo seiungit, quod ex consensu tacito, atque præsumpto putat induci pollicitationem, in pacto uerò requiri consensum expressum. Quod ipsum ea ratione demonstrare conatur, quia si consensu etiam tacito pactum perficeretur, nunq̃ prorsus neque inter præsentes, neque etiam inter absentes uideretur induci posse pollicitatio, sed quæcunque promissio pacti naturam semper assumeret, cum etiam inter absentes (ut ipse putat) præsumatur consensus acceptantis, si id modo promittatur, quod possit creditori utilitatem aliquam afferre. l. 2. & l. si creditores. C. de pact. Quare huius absurditatis uitandæ causa concludit ipse, eo casu quo præsenti, & tacenti aliquid promittitur, credi quidem eum, cui promittitur, consentire, at quia consensus iste ad perficiendum pactum satis non sit, propterea uerè tunc pollicitationem esse. Hæc de pollicita-
2 tione Decij sententia est, cui dicit expressim assentire Hostiensem in summa tit. de pact. dùm in pacti diffinitione requirit consensum uerbis expressum. Veruntamen hac in re Decius uidetur mihi dupliciter errasse. Primò quia putat ex præsentia, & taciturnitate præsumi consensum, quod falsum est, ut supra demonstrauimus. Deinde (& ex hoc tota ipsius opinio planè infirmatur) quoniam quod ipse tradit, consensum in pacto expressum requiri, multis legibus aduersatur: nimirum illis omni-
3 bus, in quibus de tacito pacto mentio habetur, ut l. qui in futurum in princ. ff. de pact. Qui in futurum usuras acceperit tacitè pactus uidetur ne intrà illud tempus sortem petat. Quod & in alijs compluribus legibus habetur, in l. Labeo. l. item quia l. si unus. §. penult. eo. tit. de pact. in l. 2. & in l. si creditores. C. eo. Sunt qui
4 hanc Decij opinionem Aretino tribuant, ut Torniellus hîc, aliję; nonnulli. Is enim in l. 2. ff. de leg. 1. in princ. 2. col. dum confutat Accursij, Bartoli, & aliorum sen-

tentiam, qui frequentiùs concludunt, ex promissione facta præsenti, & tacenti pactum induci ob præsumptum consensum, illud tantùm concedit uideri cum, qui præsens est, & tacet consentire, si modò eius commodum,& fauorem promissio contineat. Negat tamen propterea pactum induci, sed tunc sentit esse pollicitationem, ideoq; tunc dicit esse locum diffinitioni, quam tradit Vlp. in l. pactum.ff. de pollic At non prorsus uidentur mihi Aretinus, & Decius conuenire, quanuis enim sentiat Aretinus ad pactum perficiendum satis esse consensum, qui ex sola præsentia, & taciturnitate colligitur, ut & Decius pariter sentit, non propterea tamen affirmat semper in pacto necessarium esse consensum expressum. Nec sanè improbaret ipse ex consensu tacito posse perfici pactum, dummodò is consensus,quanuis tacitus,non ex sola tamen præsentia, & taciturnitate induceretur, sed ex aliis coniecturis eliceretur, ut in l. Labeo, & in l. item quia. ff. de pact. cum alijs legib. superius adductis. Quod ipsum uidetur Decius perspicuè negare; Primò enim dicit pactum esse consensum uerbis expressum; deinde citat Hostiensem in summa tit. de pact. qui in pacti diffinitione cōsensum uerbis expressum requirit. Sed quia nimis absurdum esset,non posse dici pactum, ubi uerba non interueniant, idq; permultis legibus aduersaretur, puto Decium, quanuis expressim ita dixerit, improuidè potius locutum esse, quàm uerè ita sensisse: forsan enim cum hoc dixit,tunc pacta illa in animo non habuit, quæ præter præsentiam, & taciturnitatem ex alijs coniecturis inducuntur. Quicquid uerò senserit Decius, certissimum est opinionem illam, prout tertio loco à nobis relata fuit, ab Aretini opinione differre, quam propterea non cum illa coniungendam, sed seorsum quarto loco statuendam censuimus. Cum Aretino uidetur mihi planè sentire Franc. Connanus lib.5. cap. 8. 6
quod de pollicitatione inscribit; ubi pactum à pollicitatione ita distinguit, ut dicat in pollicitatione duorum inesse consensum, sed non expressum,neque declaratum, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti, & non roganti, at in pacto non esse consensum duorum tantùm, sed etiam conuentionem de eo,quod utriusque uerbis conuentum est,& conclusum, ut ita fiat. Quod licet primo aspectu Decij potius sententiæ uideatur conuenire; tamen uidetur mihi Connanus illud potiùs, quod ex Aretino nuper retulimus, sentire uoluisse. Probabilius certè,quàm Decius, loquutus est Aretinus, sed neque ipsius opinio mihi uidetur recipienda. Primò enim illud non concedo,ex præsentia, & taciturnitate præsumi consensum, (ut sæpius iam dictum fuit) prætereà uel si maximè hoc concedi oporteret, nunq̃ tamen probauero hanc differentiam, quam constituit Aretinus inter consensum qui præsumitur ex præsentia, & taciturnitate, & eum qui ex 7
alijs coniecturis demonstratur. Siquidem non uideo illam à iurisconsultis ullo in loco consideratam, imò in pacti diffinitione duobus in locis Vlp. nulla adhibita distinctione de consensu simpliciter, atque absolutè loquitur,nempè in l.1.ff.de pact. & in l.pactum. ff.de pollicit.Quare aut uis ibi consensum quoque præsumptum contineri,aut tantummodò tacitum. Si etiam præsumptum contineri concedis,continebitur is quoque, qui ex præsentia præsumitur,& taciturnitate, nam ille quoq; præsumptus est. Si uerò expressum tantùm cōtineri dicis,ille pariter consensus excludetur,qui ex factis, alijsve cōiecturis desumitur. Postremò uel si maximè admittamus hæc omnia, nimirum& ex præsentia, atque taciturnitate præsumi consensum, & inter hunc,& alium consensum tacitum, qui ex alijs coniecturis desumitur,ad perficiendum pactũ aliquid interesse: tñ hæc opinio Aretini nostram hanc difficultatem non tollit, nec rectè ipsius pollicitatio- 8

nis

nis naturam, atque substantiam explicat, nam difficultatem facit pollicitationis diffinitio allata à Vlp. in l. pactum.ff. de pollici. quæ uidetur omnem consensum excludere, ut probè demonstrat uerbum, solius, dicitur enim pollicitationem esse solius offerentis promissionem. Demonstratur etiam hoc idem ex illa aduersatiua, uerò: Nam posteaquam dictum est, pactum esse duorum consensum, & conuentionem, subijcitur pollicitatio uerò, &c. Quibus uerbis uidetur mihi Vlp. apertissimè significasse pollicitationi consensum non inesse. Quòd si diuinare uelimus neque ex illa dictione, solius, neque ex illa aduersatiua, uerò, excludi præsumptum consensum omnem, sed tantùm illum qui colligitur ex alijs coniecturis, præterquam ex præsentia, & taciturnitate, nemo erit (ut puto) qui non intelligat hanc solutionem non eiusmodi esse, ut in ea animus acquiescere possit. Quinta est opinio illorum, qui fatentur nihil referre, utrùm consensus ex præsentia, & taciturnitate, an uerò ex alia quacun-
9 que causa præsumatur, unde semper putant induci pactum, semperq; pollicitationem impediri, quam pollicitationem propterea dicunt non omnibus fieri posse, sed uel Deo opt. max. sicut & uotum de quo agitur in tit. illo de pollic. l. 2. uel Reip: ad quam ibi passim iurisconsulti pollicitationem referunt, & si quæ alia eiusmodi sunt, quæ Reip. comparari possint, ut posteà dicemus. Priuatis uerò hominibus nullam fieri posse promissionem sentiunt, quocunque tandem modo fiat, quę rectè pollicitatio dici possit. Hanc opinionem latiùs prosequitur hîc Ripa nu. 21. dum respondet cuidam argumento, quod pro sua opinione Decius afferebat. Dicebat enim Decius (ut uidimus) ex consensu tacito, & præsumpto, non posse pactum induci. Idq; necessariò nos fateri propterea oportere, quod alioquin ex quacunque promissione induceretur pactum, ac nunquàm prorsus pollicitatio inueniretur, cum ex rei promissæ utilitate semper acceptantis consensus (etiam si is absens sit) interuenire credatur. Quod argumentum existimat Ripa ita rectè declinari posse, ut dicamus pollicitationem, quanuis priuatis hominibus non rectè fiat, ob illam quam Decius affert rationem de consensu præsumpto, at Deo tamen, & Reip. fieri posse. Nec quicquàm credit illud obstare, quod primo aspectu uideatur in naturam pacti transire illa quoque promissio, quæ aut Deo, aut Reip. fit, cum Deus opt. max. ubique præsens sit, & consentiat, l. properandum. §. cum autem heremodicium. C. de iudic. cumque itidem Respub. fictè saltem, ac repræsentationis cuiusdam ratione pręsens dici possit, iuxt. l. mortuo reo. ff.
10 de fideiuss. Nam respondet ipse Deum, & Rempub. non consentire consensu humano, de quo nos in præsentia loquimur; de Deo hoc probat, quia consensus animi motus est, Deus uerò est immobilis; Ex quo sequitur (inquit) non posse illum singulis consentire, licèt uniuersis assistat. Immobilem porrò Deum esse eo demõstrat argumento, quia ipsi nihil accidere potest, neq; enim Deus esset Deus, si ipsi quicq̃ accideret. Similiter dicit Rempub. licet fictè repræsentet singulos, l. aliud. §. refertur. ff. de reg. iur. non tamen uerè consentire. Itaq; infert pollicitationem Deo, uel Reip. factã manere solius offerentis promissionẽ, ideoq; rectè pollicitationẽ dici posse. In ea uerò, quæ fit priuato, propterea secus concludit, quia cùm duorũ illa consensum contineat, ex hoc pollicitatio esse definit, ac pacti potiùs naturã assumit. Ab hac tamen opinione posteà Ripa recedit, licèt nõ alia de causa, nisi quia à cõmuni nostrorũ sententia alienam illam esse dicit. Sed ante ipsum Iaf. aliam attulit rationẽ, cur ab hac opinione recedendũ existimet, nimirũ quòd illis omnibus legibus aduersetur, quæ promissionẽ quoque factã priuato pollicitationẽ appellãt,

O 2 ut l.

ut l.1.§.penult.ff.de collat.dotis.l.qui mutuã.§.penul.ff.mãd.l.metũ.§. quod prætor.ff. de eo quod met.cau.l.ult.C.ad Velleian. Quod ipsum habeт ẽt in Rub.& in l.ad exactio nẽ.C.de dot. promiss. & nuda pollicit. & in l.cũ donationis.C.de transact. Neq;.n.pro bat Ias. illorum responsionem, qui dicunt in hisce omnibus legibus pollicitationem im propriè accipi pro pacto. Siquidem hoc modo (ut ipse inquit) leges prædictæ omnes uiolarentur. Quare non putat negari posse, quin priuatis quoque hominibus rectè dicatur fieri pollicitatio. Fatetur tamen efficacem ad obligandum non esse pollicitationẽ, nisi uel Reip. fiat, uel alijs quibusdam, qui rectè hac in re possint Reip. comparari, ut collegio, seu cuicunq; uniuersitati, uel ecclesiæ, aut pauperibus alicuius loci, ac nec tum quidem ex pollicitatione passim agi posse, sed ita demum, si pollicitatio fiat cum causa, uel si fortè opus aliquod, quod quis sine causa facturum pollicitus erat, cœptum iam fuerit.l.1.§.cœpisse,& l. pactum.ff. de pollicit. quod clarè explicat Bart. in l.Cl aridemo eo.tit. Bald. in Rub.C. de dot. promiss. quod & tradit gloss. in c. scimus.12.q.1. Rectæne, uel minus rationes sint, quibus Ias. hanc quintam opinionem reprobauit, non inquiro, sed illam tamen omninò reijciendam esse censeo ; Nam clarum est, eodem consensu perfici posse pactum, quo perficitur & contractus, stultumq; est affirmare ibi pactum ob defectum consensus impediri, ubi ex consensu contractus induci possit. At contrahere posse Rempub. exploratissimum est, traditurq; expressim in l. ciuitas.ff. si cert. pet. 12 Quocircà dubitari non debet, quin & ad pactum inducendum Reip. consensus sufficiens sit. Quod cum ita se habeat, nulla uidetur esse ratio, cur non etiam in Repub. præsumptus consensus pollicitationem impedire possit. Præterea quod tàm absolutè, ac generatim concluditur, in priuato non dari pollicitationem, uidetur reclamare pollicitationis diffinitioni, quam habemus in l. pactum.ff de pollicit. Nam Vlp. in ea diffinitione ne uerbũ quidem ullum ponit, ex quo suspicari possimus, uoluisse illum excludere promissiones priuatis hominibus factas, sed tantùm dicit pollicitationem esse solius offerentis promissionem, quæ uerba proculdubio conueniunt etiam, cum priuato alicui promissio facta est. Veluti si is cui promittitur, se nec consentire, neque aduersari expressim dicat. Itaque duorum alterum uidetur esse necessarium, uel ut reprehendamus Vlpianum, qui hãc diffinitionem perperam tradiderit, uel ut inter priuatos quosque homines pollicitationem rectè fieri concedamus. Aliæ sunt prætereà difficultates in hac materia pollicitationis, quarum explicatio non rectè ex hac sententia desumitur, ut posteà uidebimus. Postremò sunt nonnulli, qui cum uideant non rectè restringi posse pollicitationem ad eas promissiones, quæ acceptantis consensum non habent, ut malè ibi sentiunt qui primam, atque etiam qui secundam opinionem amplectuntur, Cumq; pariter intelligant, in hac materia pollicitationis à iurisconsultorum sententia abhorrere illã distinctionem inter tacitum, & expressum consensum, quàm confinxerunt sibi Aretinus, Decius, & alij, qui uel tertiam, uel quartam opinionem sequuti sunt, Ac cùm denique liquidò perspiciant pollicitationis diffinitionem non pati, ut solis promissionibus, quæ Deo, aut Reip. fiunt, pollicitationis nomen, substantiamq; tribuamus, sicut nos in quintæ opinionis reprobatione proximè demonstrauimus, aliam sequuti sunt opinionem, quam nos ad hunc ultimum locum duximus reseruandam. Fuit hæc opinio Voconij à Vocuna declar. 65. qui fatetur uerè pollicitationem tunc quoque 14 esse, quando acceptantis consensus interuenit, & consensus quidem expressus, nec non & quando priuatis hominibus promissio fit. Quoniam uerò intelligit ex hoc sublatas

esse

esse differentias, quibus cęteri à pollicitatione pactum distinguunt, aliam ipse differentiã affert. Ait enim pactum esse, cùm quis alicui roganti promittit, ut puta si Titius dicat, Mæui, promittis mihi equum? ac Mæuius respondeat, promitto, seu spondeo; pollicitationem uerò dicit esse, cum quis sponte promittit, nulla pręcedente inter-
15 rogatione. Non est incognita, ne Grammaticis quidem, hæc differentia, quòd ultrò polliceamur, promittamus uerò rogati; notat enim illam Donatus ad Terentium, sæpeque etiam nostræ leges illam nobis insinuant, dum à promissione pollicitationem distinguunt, ut Seuerus in l. 1. C. de iu. dot. ac multò etiam apertius in l. ult. C. ad Velleian. ibi. n. initio legis speciem facti de illo ponit, qui pro muliere dotem spopõderit, uel pollicitus sit, posteàq; haud obscurè ostẽdit, idcircò se de pollicitatione seorsum habuisse mentionem, ut spontaneam uoluntatem significaret. Nam si spontaneam „ (inquit) uoluntatem ab initio suam ostẽdit, & quæ sequuntur. Itaque hoc satis perspicuũ „ esse uidetur, pollicitationem propriè dici, cùm quid promittitur alicui non petenti, ita ut de eo ne cogitatum quidem anteà fuisset. At illud uidetur esse dubium, quod ipse dixit, in pacto semper præcedere interrogationem; siquidem hoc modo ex forma interrogationis, & responsionis non stipulatio, sed pactum induceretur. Quare hanc du-
16 bitationem ipse tollit in hunc modum. Dicit ex ea promissione quæ fit interrogatione præcedente, posse induci non tantùm stipulationem, sed etiam pactum; idque probat ex l. iurisgentium §. quod ferè. ff. de pact. ubi uerba illa rogauit Titius, spopondit Mæuius: nõ tantũ pactionis loco accipi Vlp. ait sed etiã stipulationis. Quibus uerbis ostendit, ea uerborum solennitate non modò posse induci pactionem, sed de pactione magis hoc perspicuũ esse, quàm de stipulatione, cũ dictio implicatiua, ut nemo non intelligit, casum
17 magis dubitabilem includat. Quid ergo? nihilnè differt pactum à stipulatione? Differt (inquit ipse) duobus modis. Prima differentia est (sed hæc antiquitus tantùm extabat) quia non quibuscunque, sed certis tantùm quibusdam, ac solemnibus uerbis poterat fieri stipulatio. §. 1. inst. de uerb. oblig. Quod in pacto nunquam fuit necessarium, at id posteà in stipulatione quoque correctum fuit Leonina constitutione, ut ibidem subiicitur; qua de re nos plenius infrà, cum de stipulatione agemus. Secunda differentia est, quæ adhuc etiam extat, quia licet antiqua illa uerborum solennitas remissa sit, non tamen concessum est, ut sine uerbis stipulatio fieri possit; Imò. n. ab utraque parte in stipulatione uerba sũt necessaria, ut in l. 1. huius tit. At pactũ nutu fieri potest; Vnde & mutus, & surdus rectè paciscuntur. Neque etiam absentia impedimento est, quominus per nuntium, uel per epistolam pactum ineatur l. qui autem §. ult. ff. de const. pecun. Quod si fortè pactum fieret utroque loquente, tunc fatetur inter tale pactum, & stipulationem nullam sore differẽtiam. Summa igitur hæc est, ut pacta, & stipulationes in hoc uelit cõuenire, quòd
18 in utrisque pręcedere interrogationem necesse sit, Ab utrisque autem differre pollicitationem, quæ nullã non modo exigat, sed nec patiatur præcedere interrogationem, cum sponte, ac nõ petentibus polliceamur. In hunc modũ explicat Voconius hoc totũ, quod ad pollicitationẽ attinet; Qui tamen (ut ingenuè fatear) uerius mihi implicare, quàm ex-
19 plicare uidetur; nam quamuis multa dicat, tamen id tacitus præterit, quod omnium maximè difficultatem afferre poterat. Maximè omnium illud dubium erat, qua ratione Vlp. in l. pactum. ff. de pollic. in ipsius pollicitationis diffinitione, ab ea ipsa consensum excludat; atque in hoc plurimum nostri interpretes elaborarunt, ut inquirerent quomodò promissio consensu acceptantis carere posset. Putat uerò Voconius in pollicitatione posse

ne posse non modò consensum, sed etiam consensum expressum adesse, contrà quàm Vlpiani uerba apertissimè sonant, & tamen hanc difficultatem cōniuentibus oculis pertransit, nec declarat quomodo pollicitatio solius promissio sit, si duorum consensum, & illum quidem expressum continere potest. Quod porrò attinet ad illam differentiā, quam tradit ipse inter pollicitationem,& promissionem, quæ pacto fit, ut scilicet polliceamur ultrò, promittamus uerò rogati, nemo non uidet eam ut inutilissimam, ita uerissimam esse. Verùm aduertendum est, nos non ut grāmaticos loqui, sed ut iurisconsultos, neque tàm grāmaticales uerborum differentias spectare, quàm iuris effectus, qui 20
ex illis differentijs proficiscuntur. Quare cum concedat Voconius utrobique consensum adesse, cumq; pariter admittat quantum ad illos effectus, quos solet consensus operari, nihil referre, fueritne ultrò non petenti facta promissio, ac deinde acceptata, an uerò roganti nudo pacto promissum aliquid sit, quæro ego quæ ratio compilatores adduxerit, ut à spontaneis non spontaneas promissiones separarent, ac cum de pactis, tùm de pollicitationibus diuersos titulos proponerent. Neque enim dici potest factum id fuisse, quia pollicitatio interdum actionem producat, nimirum quando Reip. fit, nam interdum etiam pacta producunt actionem.l.legitima.ff.de pact. nec propte- 21
reà tamen ab alijs pactis inefficacibus pacta efficacia separantur. Quare cum illud concedimus,in pollicitatione duorum consensum, ut in pacto,contineri posse,nō possimus negare quin hæc pactorum à pollicitationibus separatio inanis fuerit, ac planè superuacua. Quod si illa sola de causa hæc separari debuisse contendas, quòd diuersis nominibus appellentur, cum pactum in quo ultrò aliquid promittitur uerius,secundū Grāmaticos,pollicitatio dici possit, quæro cur non pariter ex aliis omnibus uerbis differentialibus, quæ Grāmatici enumerant,nostri iurisconsulti diuersos terminos constituerint. At constat iurisconsultos in terminis constituendis non uerborum, sed rerum 22
ipsarum discrimina, ipsosq; potius effectus considerasse. Notissima est, & apud Latinos authores frequentissima differentia inter libertos, & libertinos; tamen nostri iurisconsulti hanc differentiam minimè agnoscunt; Libertos enim promiscue & libertos, & libertinos appellant,filios autem libertorum, qui propriè libertini dicuntur,ab ingenuis non distinguunt. Sicq; semper in iis, quæ re ipsa, & effectu nihil differant, superstitiosas uerborum differentias studiosè declinant. Quare neminem ex nostris doctoribus puto fuisse, qui grāmaticalem hanc differentiam ignorauerit; sed cùm ipsi uiderent nullum ex ea iuris effectum sequi, nec propterea minus pacti diffinitionem conuenire, quod sponte promissio facta fuerit, conati sunt demonstrare pollicitationem aliud aliquid 23
esse, cui pacti diffinitio non conueniret, idq; maxima certè cum ratione,cum idem Vlp. qui pactum definiuit, diuersam pollicitationis diffinitionem attulerit. quod certè non fecisset, si pacti diffinitionem ipsi quoque pollicitationi cōmunem esse noluisset. Quocircà differentia illa,quod uel ultrò, uel rogati promittamus, non satis est, ut ex ea sola pactum à pollicitatione distinguere possimus, cùm pacti diffinitionem nulla ex parte immutet, Vt nec differentia illa, quod quis musicus,uel non musicus sit,quia non mutat hominis diffinitionem, species ullas substantia inter se diuersas constituit.

ARGVM.

CVm omnes omnium de pollicitatione sententiæ fuerint reprobatæ, operæpretium esse,difficultates nonnullas ordine enumerare, quæ facilè unumquemq; hac in re perplexum reddere possunt, ac pro illarum deinde explicatione nonnulla quasi principia constituere, ex quibus tota simul hæc pollicitationum materia clarius illustretur.

1 Quanta utilitas in pollicitationis explicatione posita sit.
2 Sex difficultates non contemnẽdæ in materia pollicitationis proponuntur.
3 Videtur pugnare l. pactum cum l. ex pollicitatione. ff. de pollic.
4 Quomodo ex eo quod pollicitatio sit solius offerentis promissio, rectè inferri possit, ex pollicitatione agi posse, id quod facit Vlp. in d.l. pactum.
5 Nulla uidetur esse ratio, cur à pacto pollicitationem iuris[illegible] separauerint.
6 Ex pollicitatione ob honores facta hæredes non tenentur, si moriatur qui pollicitus est, ante [illegible] susceptos.
7 Si quis reip. pollicitetur non ob honores, sed quia aliud [illegible] modum ab illa speret, an ex [illegible] one resp. ante impleme[illegible] [illegible] polli.
8 Con[illegible] [illegible] [illegible]dicare.
9 An u[illegible] [illegible]romissio [illegible] petendo possit esse pollicitatio
10 Reper[illegible] nonnullæ species inter se distinctæ, quę tamen ita se habent, ut una in altera tanquam pars in suo toto includatur.
11 Forma testamenti codicillorum formam quodammodo complectitur.
12 Quo casu sit cõsiderabilis illa species, quæ tanquam pars in altera specie includitur.
14 In concessione uię non attenditur iter, nisi quando illud inutile est, quod in uia amplius inest, atque idem in reliquis.
14 Verba & in communi, & in legitima significatione accipi possunt.
15 Tàm in una, quàm in altera significatione sæpe hæc usurpantur, possessio, usus, iter, substitutio.
16 Pollicitatio, quanuis specie differat à pacto, tamen in ipso continetur tanquã pars in suo toto.
17 Pollicitatio non eodem modo semper, sed interdum in communi, interdum in legitima significatione usurpatur.
18 Inspecta legitima significatione pollicitatio nunquam cum pacto est compatibilis.
19 Cõmunis pollicitationis significatio quæ sit.
20 Quando accipiatur pollicitatio in significatione legitima, atque ut species per se distincta consideretur.
22 Vnus atque idem actus potest dici & pactum, & pollicitatio, diuersis tamen cõsideratis.
23 Cum Vlp. dicit solius offerẽtis promissionem, non excludit promissionem acceptatam, licet acceptationis nullam rationem haberi uelit.
24 Acceptatio non potest alterare substantiam pollicitationis.
25 Mathematici quanuis apprehendant quãtitatem sine materia, non tamen apprehendunt quãtitatem posse esse sine materia.
26 Licet uniuersale non possit esse sine principiis indiuiduãtibus, possumus tamẽ illud apprehendere absque ulla principiorum indiuiduantiũ apprehensione.
27 In pollicitatione acceptata, rectè possumus absque ulla acceptationis apprehensione, solam pollicitationem considerare.

CAP. XIX.

Quoniam igitur satis hucusque demonstratũ est, totam hãc pollicitationũ materiã maximè implicitam esse, ac diligenti egere explicatione, nunc danda nobis opera est, ut certi aliquid affirmare possimus, ac non tantum ueram differentiã inter pactum, & pollicitationem, sed & ueras eius differentiæ causas rectè teneamus; cum uerè scire illi tantùm existimandi sint, qui suas cuiusque rei causas cognoscunt. Digna uerò certè hæc res est, in qua neruos (quod aiunt) omnes intendamus. Neque enim unius
1 hic termini explicatio, uniusuè tantùm legis intelligentia agitur, sed illarum legum omnium quæ sub titulo de pollicitationibus positæ sunt, atque aliarum insuper quamplurimarum, in quibus, extra illum titulum, de pollicitatione mentio habetur. Huc accedit quod ex hoc etiam materiam pactorum multò planius, perfectiusq; intelligemus, quàm si ignoraremus, quomodo à pollicitationibus pacta distinguantur. Vt ergo hæc commodius assequamur, eam, quam semper solemus, ordinis rationẽ seruabimus, ut ante omnia difficul-

difficultates,quæ nobis hac in re occurrunt,quasi ob oculos ponamus,non tantùm illas, quas hactenus tetigimus, sed & alias nonnullas,quæ hanc rem totam incertam, ac planè obscuram reddunt, sic enim futurum spero, vt quod quærimus multò facilius assequamur. Prima, omniumq; maxima difficultas illa est, vtrum in pollicitatione acceptantis consensus rectè interueniat,quod neque affirmari, neque negari tutò posse uidetur, 2
quoniam si id affirmamus, reclamat Vlp. in d.l.pactum.dum ait pactũ quidem esse duorum consensum,& conuentionem, pollicitationem uerò solius offerentis promissionem; quæ uerba quin à pollicitatione cõsensum plane omnem excludant, nemo(ut arbitror) negabit,nisi qui cauillari, ac sibi ipsi mentiri uoluerint; satisque hęc uerba superius iam perpendimus. Si uerò negamus pollicitationi acceptantis consensum inesse, non rectè 3
congruet quod dicitur in l. ex pollicitatione.ff. pollicit. apud reip. decuriones pollicitationem fieri posse,cum nec credibile sit decuriones, qui præsentes sunt, non consentire, nec rationi ulla ex parte consentaneũ sit, ut iam demonstrauimus,id quod dicebant nõ nulli, non esse illum talem consensum, qualem nos in pręsentia consideramus. Aduersabũtur etiã quãplurimæ leges,quæ loquũtur de pollicitatione, atq; in illa utriusq; partis consensum admittunt nẽpè l. 1.C.de iure dot.l.ad exactionẽ.C.de dot.promiss.l. ult. C. ad Velleian. l. 1. §. penult. ff.de collat. dot. l.cum donationis. C. de donat. l. metum. §. ait prætor. ff.de eo quod met. caus. In quibus omnibus pollicitationi consensum duorum tribui,et quidem consensum expressum,inferius ostendemus. Versamur ergo(ut dici solet) inter Scyllam & Carybdim.Siquidem neutrã partem possumus amplecti,qum legibus hinc & inde apertissimis aduersari uideamur. Secunda insuper occurrit dubitatio, & hæc spectat ad contextum tantùm,structuramque uerborum, quæ habentur in d.l.pactum, nam posteaq̃ dixit Vlp.pactum esse duorum consensum;atque conuentionẽ,pollicitationem uerò solius offerentis promissum, ex hoc quod de pollicitatione proximè 4
dixit,infert ex pollicitatione agi posse. Et ideò(inquit)illud est constitutum, ut si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed operæpretium est certè animaduertere,quomodò hæc uerba cohæreant,& quomodo quod ibi dicitur,rectè ex prædictis colligi possit. Nam quòd pollicitatio non sit duorum consensus, atque conuentio, sed solius offerentis promissio, ex hoc probabilius uidetur colligi posse, minus ex ea,quàm ex pacto actionem concedendam esse, cum minus debeat posse unius promissio,quàm duorum consensus,atque conuentio,& tamen ex hoc Vlp. infert contrarium, nimirũ ex pollicitatione agi posse. Tertia ex eo difficultas oritur, quia nulla uidetur posse ratio assignari, cur iurisconsulti pollicitationem separauerint ab ea promissione, quæ 5
pacto continetur, cum hæc duo re ipsa nihil dissentiant,ut nõ tantùm perspicitur in pollicitatione facta priuatis, de qua idem ac de pacto iudicatur l. qui mutuum. § salariũ: ff. mandati. l. ult. C. ad Velleian. cum aliis multis superius adductis, uerùm etiam in pollicitatione facta reip. Nam si proponamus aliquam pollicitationem reip.factam,quæ efficax sit, & ipsi reip.actionem præstet, ut quia fuerit opus cœptum, aut quia facta fuerit ob honorem decretum,uel decernendum, uel ob incẽdium, terręmotum, aliamuè similẽ ob causam,stultissimũ est dubitare,quin idem futurum esset, si nudo pacto illud ipsum ex eadem causa fuisset promissum. Contra etiam proponamus pollicitationem factam esse reip. sine causa, ita ut ad producendam actionem inefficax sit, dicemus hîc quoque inefficacem futuram hanc promissionem, si per nudum pactum, dummodò sine causa,facta fuerit. Neque enim reperitur in materia pactorum tradita hæc limitatio, ut tunc

tunc ut pactum efficax sit ad agendũ, quando per illud Reip. promissum aliquid fuerit. At uel si maximè efficax esset pactum nudum, quod cum Rep. initur, non debuisset tamen ad diuersam speciem referri, cum pacta legitima ab alijs pactis specie haudquaquàm differant, nec sub diuerso tit. collocentur. Ita fit, ut separare pollicitationes ab ijs promissionibus, quæ pactis includuntur, non modò superuacaneum, sed & absurdum omninò fuisse uideatur. Quarta difficultas oritur in hac materia pollicitationum, quæ est eiusmodi. Fac polliceri aliquem, se Reip. opus facturum, idq; polliceri ob honores decretos, uel decernendos, si is moriatur anteaq̃ honores illos suscipiat,
6 iam de pollicitatione nihil quærendum est, neque enim promissoris hæredes tenentur. l. si quis ob honores. ff. de pollicit. Si uerò fuerint iam decreti, meritò unusquisq; mirari poterit, cur ex pollicitatione potius agatur, quàm actione præscriptis uerbis, quæ in contractibus omnibus innominatis alteri datur post alterius implementum. Adest uerò hìc proculdubio contractus innominatus, do ut facias, uel facio, ut facias, in quo iam pro parte sua Respub. expleuit: Decreuit enim honores, ut ille opus faceret, uel pecuniam daret. Cur ergo non hìc agitur præscriptis uerbis, aut cur actio non oritur ex honorum exhibitione, tanq̃ ex implemento? Est enim hoc quoddam σωκ' Μαγμα, quod fortius deberet operari, quàm simplex pollicitatio, arg. l. iurisgentium in princ. ff. de pact. Huic dubitationi illa maximè affinis est. Ego Reip. pecuniam, uel aliud quippiam ultrò pollicitus sum, ut ab ea serui publici in agrum meum fodiendi gratia mitterentur; Vt rectè pollicitationis naturam, & substantiam tenea-
7 mus, cognoscendum hìc est, possitne Respub. etiam ante implementum me conuenire ex pollicitatione, quemadmodum si propter honores promisissem, an uerò tantummodò post implementum habeat actionem præscriptis uerbis, quæ ex eo ipso oritur implemento. Si dicis agi posse ante implementum, hoc usqueadeò absurdum est, ut non possit fermè maius excogitari, nempe in iusto commutatiuo, rebusq; ipsis contrahendis non seruari proportionem arithmeticam, sed personarum rationem haberi. Hoc autem fieri nullo modo debere, & nos alibi demonstrauimus, & no-
8 stri quoque omnes fatentur, dum absurdum esse iudicant contractus claudicare. l. litigatores, & ibi no. ff. de arbitris c. communiter ext. de empt. l. Iulianus. §. si quis colludente. ff. de act. empt. Hìc autem proculdubio contractus claudicaret, quia hoc ipso casu quando Respub. mihi aliquid promisisset, ut mitterem seruos meos qui foderent in agro publico, non certè possem ego ante implementum Rempub. conuenire, ergo nec deberem posse à Rep. conueniri, cum idipsum sub eadem forma illi promiserim. Quod si alterum potius huius dilemmatis membrum recipias, ut dicas non posse Rempub. agere ante implementum, tunc quæro, cur secus sit, cùm propter honores aliquid promissum fuit, uel ob casum quem Resp. passa sit. l. 1. l. ob casum. ff. de pollic. oportet enim maximi momenti esse, illam rationem quæ facit, ut cum promisi Reip. propter opus, quod cupio à seruis publicis fieri in agro meo, uel alia simili causa, non possit Respub. contra me agere ante implementum actione præscriptis uerbis, tanq̃ ex contractu innominato. Cum uerò promisi ob honores decretos, uel decernendos, aut ob aliam ex illis causis, quę sparsim habent̃ in tit. de pollicit. possit tunc Respub. me cõuenire ante implemẽtũ, & tũc præscriptis uerbis nõ agat, sed actione illa, quæ ex sola pollicitatione proficiscit̃. Postremò maxima cũ ratione dubitari potest, cur si pollicitationes affirmatiuè conceptæ à pactis affirmatiuis distinguũtur, non eodẽ mo-

P. do pol-

do pollicitationes negatiuè conceptę distinguantur à pactis negatiuis : Facio rem 9
claram exemplo; Qui Rempub. sibi anteà contrahendo obligauerat, cum ab ea si-
bi honores decerni postularet, propter hos ipsos honores promisit id non pete-
re, quod sibi ex eo contractu debebatur. Hìc ego quæro, sitne hæc pollicitatio,
uel minus; si id negas quæro, quæ causa impediat, quominùs hoc casu inducatur
pollicitatio, cùm scilicet negatiuè uerba concipiuntur, prout proculdubio induce-
retur, si affirmatiuè aliquid eo ipso nomine promissum fuisset. Quod si hanc quoq;
pollicitationem esse affirmas, quæro cur cũ de pactis de non petendo toties loquantur
iurisconsulti, ut in l. iurisgentium. §. pactus ne peteret, cum sim. ff. de pact. pol-
licitatio tamen de non petendo ipsis planè incognita sit, ita ut de ea ne quidem
ulla usq̃ mentio reperiatur. Qua ex re uidetur concludi posse, non induci polli-
citationem, cum quis Reip. pollicetur non petere, etiam si ultrò polliceatur, ac
propter honores, aliamve similem causam, ex qua pollicitatio induci solet. Vt
ergo commodiùs nostram hac de re tota sententiam aperiamus, eamque trada-
mus explicationem, ex qua mox solutiones ad propositas difficultates omnes de-
sumi possint, nonnulla nobis breuiter præmunienda sunt, quæ sint huius theoricæ
nostræ prima quasi fundamenta. Primùm itaque considerandum est, in hac nostra 10
iuris disciplina, duas sæpenumerò species reperiri, quæ licet diuersæ, ac uerè inter
se distinctæ sint, ita tamen se habent, ut una in altera, tanq̃ pars in suo toto in-
cludatur. Cuius rei exemplum ex seruitutibus formalibus desumi potest. Iter, uia,
& actus sunt species diuersę seruitutum, si tanq̃ formales seruitutes considerentur,
& tamen primæ posterioribus, ut notissimum est, tanq̃ partes suo toto continen-
tur. Etenim uia totam itineris facultatem includit, neque quicquàm habet, qui
uia uti potest, quod non & ille habeat, cui seruitus actus concessa fuit; sic & usus
continetur in usufructu, qui pars dominij est. Quanq̃ illæ species, quæ alteri cuipiam
includuntur, eo ipso non formaliter (ut ita dicam) tanquàm seruitutes, sed (ut nostri
dicunt) causaliter tantùm accipiuntur. Potest prætereà ad hanc rem afferri exem-
plum pacti, ac stipulationis, quæ rectè hìc à Iasone, & ab alijs, ut diuersæ species
enumerantur, & tamen quicquid in se pactum continet, id totum in stipulatione
reperitur. ar. l. an inutilis. ff. de accept. Habet stipulatio duorum consensum, ac
conuentionem, habet prætereà formam & solemnitatem; Ita fit, ut quanuis pa-
ctum nudum per se consideratum, & prout uerborum caret solemnitate, species
conuentionis à stipulatione distincta dici possit (unde etiam factum est, ut sub di-
uersis titulis compilatores & de pactis, & de stipulationibus egerint) tamen si so-
lam tùm pacti, tùm stipulationis materiam spectes, in stipulatione ipsa tanquàm in
toto pactum contineri rectè concludas. Quod ipsum etiam in testamento, & codi-
cillis optimè perspicitur; Sunt testamentum, & codicilli duæ diuersę species ultimæ
uoluntatis. l. ult. C. de codic. & tamen quicquid uis, & roboris habent codicilli,
id planè totum in testamento inest. Cum enim quinque testes in codicillis satis sint, 11
in testamento septem, sicuti minor numerus includitur in maiori, ita forma codi-
cillorum sub ipsa testamentorum forma continetur. In eiusmodi uerò rebus, quæ
licet species distinctæ sint, possunt tamen se habere ut pars, & totum, id obseruatur, ut 12
quoties illa species, quæ se habet ut totũ, omni ex parte efficax est, ita ut partes eius om-
nes æquè cõcurrãt ad aliquẽ iuris effectũ producẽdũ, tũc altera species, quę tanq̃ pars

in illa

in illa ipsa includit nunq̃ attēdat, neq; per se ut species diuersa, diuersusq; iuris terminus accipiat, sed effectus illi soli speciei tribuat, quæ habet se ut totū, altera uerò nō aliter nisi quà huius totius pars est, consideraī. At cùm species illa, quæ se habet ut totum, non ut totū efficax est, sed pro parte tantū, tunc resoluitur utplurimū in illā speciem, quæ se habet ut pars; illaq; non amplius consideraī ut pars, sed ut species per se distincta. Qua ex re fit, ut quemadmodū soli illi speciei, quæ se habet ut pars, totus ille effectus tribuitur, sic ab ea sola actus denomineī. Atq; hoc ipsum liquidò apparet ex iisdem illis exemplis,
13 quæ proximè adducta sunt. Etenim, ut de seruitutibus primò dicamus, si fortè in concedenda uiæ, uel actus seruitute, tàm angusti loci demonstratio facta fuerit, ut neq; uehiculū, neque iumentū ea ire possit, iter magis, quàm uia, aut actus acquiriī. l. si tàm angusti. ff. de seruit. Quia cum concessio non quoad omnes partes ualeat, quæ uiam, & actum inducere possent, ualet saltem quoad illam partem, quæ itineris seruitutem constituit, & ab ea sola nomen cōcessio illa desumit. Pari ratione stipulatio, siue acceptilatio, si quā tum ad solénitatem uerborū inutilis fortè sit, potest saltem ualere quantum ad consensum, & ab hac sola parte uti effectum, ita nomen sortitur: non enim amplius stipulatio, sed pactum nominatur, ideoq; meritò dixit Vlp. inutilem stipulationem, siue acceptilationem, utile pactum habere. l. an inutilis. ff. de acceptil. Ita denique testamentum, si quantum ad hæredis institutionem inutile sit, aliasve solemnitates, quæ in eo requiruntur, ualet saltem in uim codicillorum, si id se uelle testator dixerit. l. ult. C. de iure codicill. Qua de re plenè Accurs. Bart. & alij in l. 1. §. si quis ita. inf. co. Et hoc primum est, quod nobis hac in re præcognoscendum fuit. Secundò illud quoque præmunien-
14 dum est, quod facilè omnes admissuros esse non dubitamus, solere pleraq; uerba à nostris iurisconsultis accipi duobus modis. Vno enim modo sumuntur in communi, vulgataq;, etiam apud iuris imperitos, significatione, nimirum quatenus nullis consideratis iuris effectibus, nudè tantùm, ac simpliciter res aliqua, seu factum aliquod significatur. Altero modo accipiuntur uerba in ciuili, seu legitima significatione, quatenus significant certum aliquem iuris terminum, qui non ita nudè, & simpliciter quantū ad rem ipsam, ipsumq; factum, sed propter aliquos iuris effectus consideretur. Demonstrat
15 hoc nobis uerbum, possessio, quod si sumatur in significatione communi, & seruo, & colono rectè tribuitur; quanuis non uerè illi possidere dicantur, si spectemus legitimā huius uerbi significationem. l. seruus, cum simil. ff. de acq. possess. Suntq; alia eiusmodi exempla permulta. Sumitur usus, ut est factum utendi. l. stipulatio ista. §. ij qui inf. eod. alioq; etiam modo sumitur, ut est seruitus formalis; Sicq; etiam uerbum iter in cōmuni significatione factum eundi significat, itemq; locum, unde itur, In significatione uerò legali itineris seruitutem significat. De substitutione pariter idem uidemus; quanuis enim substitutio, quatenus iuris terminus est, significet secundam institutionem in legitimo testamento factam, uulgò tamen quamcunque subrogationem significat: Quin etiam ad pecora, ad uineas, & ad arbores refertur. ar. §. sed si gregis. inst. de rer. diuis. l. agri. ff. de usufr. l. si grege. ff. de leg. 1. Iam uerò, ut ad rem nostram proprius accedamus, si rectè animaduerterimus, hæc quæ diximus, in pollicitatione quoq;, de qua nobis nunc agere propositum est, facilè perspiciemus. Nam quod primò demonstrauimus, posse duas species quantumuis inter se diuersas, atque distinctas, ita sese habere, ut una uelut totum quiddam alterā ut partem in se contineat, ad
16 pactum, & pollicitationem non minus rectè accōmodatur: Siquidem pactum, & pol-

licitatio diuersæ species proculdubio dicendæ sunt, cum diuersas habeant diffinitiones, & tamen pollicitatio potest in pacto includi, non secus atque in suo toto pars includatur. At cùm interdum contingat, ut pollicitatio per se ad agendum ualeat, ita ut alterius acceptatio superuacanea sit, tunc meritò ipsa per se tanq̃ actus distinctus, ac plane diuersus accipitur. Ita fit, ut pollicitatio, quæ pars pacti est, eadem rectè quoque dici possit esse species à pacto diuersa, ut probabimus posteà, Nam quæ nunc uerbotenus affirmamus, postmodùm uerè ita sese habere, in huiusce explicationis progressione, accuratius demonstrabimus. Quod præthereà secundo loco diximus de duplici uerborum si- 17
gnificatione, non minus perspicuè cernitur in pollicitatione; nam & in significatione cõmuni, & in significatione legitima pollicitationẽ usurpari sæpè repcriemus. In significatione legitima usurpatur, quoties accipitur ut terminus iuris, Tunc uerò accipitur ut terminus iuris, cùm sola illa ultronea promissio, quam propriè appellamus pollicitationẽ, satis per se est ad obligationem; & hoc modo pacti societatem nunq̃ sustinet; Ita enim 18
pollicitatio est, ut neq; pactum, neq; ipsius pars sit. Quod si pars pacti esset, uerè pollicitatio secundum hanc significationem dici non posset. Quoties enim æquè ex acceptatione eius, cui promissum est, atq; ex promissione oritur obligatio, neque minus acceptatio, quàm promissio considerabilis est, ita ut ex utraque simul pactum inducatur, nunq̃ poterit in hac legali significatione pollicitatio appellari, quatenus scilicet terminus iuris est, atq; species ab ipso pacto distincta, prout consideratur, & definitur à Vlp. in l. pactum. ff. de pollic. At uerò in communi, uulgataq; significatione pollicitationem usurpamus, quoties non quidem terminum aliquem iuris per se distinctum significare uolumus, neque ullum iuris effectum spectamus, sed illam tantùm promissionis qualitatem exprimere uolumus, quod ultrò non roganti promissio facta fuerit. Hæc enim est communis huius uerbi significatio, ut apertè ostendunt illæ leges, quę promis- 19
sionem à pollicitatione distinguunt, ut l. 1. C. de iure dot. & l. ult. C. ad Velleian. Et in hac significatione pollicitatio non tantùm cum pacto, sed etiam cum alio quocunque contractu, qui modò absque re contrahatur, potest esse coniuncta; cum in quocunque contractu possit hoc euenire, ut ultrò alicui non petenti promissio fiat. Sic habemus & quando pollicitatio accipiatur in significatione uel communi, uel legali, & quid referat, utrùm hac, uel illa significatione accipiatur. Accipitur in legali significatione, quoties ultronea promissio per se idonea, ac sufficiens est ad iuris effectum, neque eget adminiculo acceptationis; fuit enim tunc necesse diuersum ex ea terminum constituere, 20
qui à pacto, alijsq; omnibus conuentionibus seiungeretur, ut toto tit. de pollicit. Idcoq; ibi uidemus iurisconsultos non animaduertisse, utrùm acceptatio interuenerit, uel minùs; Cùm satis habeant ipsi ex sola pollicitatione oriri actionem, quæ qua ratione oriatur inferius dicemus. Itaque quoties sola pollicitatio parit actionem, quoniam, uel si maximè acceptantis consensus interuenerit, nulla tamen ipsius habetur ratio, propterea sola per se pollicitatio consideratũ ut terminus iuris à pacto, aliisq; omnibus conuentionibus distinctus, ut considerant iurisconsulti omnes in d. tit. ac præcipuè Vlp. qui separatã eius diffinitionẽ tradit in l. pactum, illo tit. Quoties uerò per se non attenditũ promissionis solius efficacia, quatenus ab acceptatione seiuncta est, sed illud tantùm inspicitur, ultronè, ac non petenti facta fuerit, nõ cõuenit nomen pollicitationis, nisi in cõmuni significatione, in qua omnibus etiã & pactis, & contractibus conuenire potest; Et ita accipiendæ sunt omnes fermè leges, quæ extra illum tit. de pollicitatione loquuntur,

quas

quas qui diligenter considerauerit, poterit facilè animaduertere, eas nō loqui de sola pro
missione, quæ per se consideretur, aut sine ope acceptationis ad rem ullam idonea sit,
sed sponte factam promissionem uelle demonstrare ut d. l. 1. C. de iure dot. d. l. ult. ff. ad
Velleian. l. qui mutuam. C. de dotis promiss. l. donationis C. de donat. l. metum §. ait
prætor. ff. de eo quod met. caus. Vtrum uerò accipiatur in communi, an in legitima si
gnificatione, hoc referre diximus, ac nūc denuo inculcamus, quia pollicitatio sumpta in
legitima significatione, idest quatenus est terminus iuris, ac species per se distincta, subie
cto nunquam cum pacto concurrit, & ubi pactum est, ibi pollicitatio esse non potest. Si-
quidem ut pactū dicatur, acceptationis quoque ratio habenda, est at hoc legalis pollici-
21 tationis naturæ reclamat. Cùm uerò sumitur pollicitatio in significatione communi, po
test & pacti, & cæterarum etiam conuentionum formā assumere; Nā cum passim apud
omnes pollicitatio dicatur promissio, quę ultrò facta sit, ac de eo quod ne cogitatum
quidem antea fuerat, quid repugnat, quominus hoc modo pactum, & quęcunque con-
uentio fieri possit? Quoties igitur ita fiet, non different substantia pactum, et pollicitatio,
ideoq; nō potest hoc modo accipi pollicitatio à Vlp. in d. l. pactū, cum pacti, & pollicita-
tionis diuersas diffinitiones tradit, sed ratione tantùm differrent, & (ut Græci dicunt)
κ᾽τελογικῶς Hoc modo scilicet, quia si promissionis qualitatem illam cōsideremus, quòd
non petenti ultrò facta fuerit, dicemus esse pollicitationē, si uerò alterius acceptantis cō
sensum, rectè pactum appellabimns. Neque magis pugnabit, posse eumdem actum dici
22 & pactum, & pollicitationem, diuersis scilicet consideratis, quàm pugnet eundem esse &
hominem, & musicum, uel eum qui unius ecclesiæ sit canonicus, alterius episcopum es-
se, aut deniq; qui in una ciuitate subditus sit, in altera eū dominum, atque principem esse.
At uerò hîc cauendum est diligenter (ne id fortè nos decipiat, in quo cæteri omnes planè
decepti sunt) quod cum dicimus pollicitationem sumptam in latissima significatione so
23 lius offerentis promissione perfici, iuxta diffinitionem Vlpiani in d. l. pactum, non nega-
mus quin ipsi pollicitationi acceptātis cōsensus accedere possit, ita ut nihilominus uerissi
mè, maximeq; propriè pollicitatio dicatur; Sed intelligimus (nec dubitamus quin sic Vlp.
intellexerit) ipsius acceptationis nullā prorsus rationem habendam esse, cùm tota effica
cia soli pollicitationi tribuenda sit, nec ad ullos iuris effectus ipsa acceptatio quicquam
prosit. Propterea uidemus, ut & supra animaduersum est, Vlp. ac cæteros iurisċōsultos in
eo titu. de pollicitationibus, non id exigere, ut acceptatio absit, sed illam planè negli-
gere tanquam sterilem, atque inefficacem, non secus atque in uiridi arbore siccos ramos
24 negligimus, atque amputamus. Eamobrem ergo cum pollicitatio nobis aliqua propo-
nitur, non in communi, sed in legitima significatione, quæ ab altera parte fuerit acce-
ptata, non propterea minus pollicitationem esse dicemus, neque ob id pacti naturam as
sumere, sed solam attendemus pollicitationem; Quia quamuis uerum sit, acceptātis quo-
que consensum adesse, tamē nos illū nullatenus cōsiderabimus, neq; illud quidē apprehē
demus, promissionē nō esse acceptatā, sed acceptatione non considerata solam promissio
25 nem, seu pollicitationem attendemus. Sic mathematici, qui semotam, ac planè abstractā
ab omni materia quantitatem considerant, non id quidem apprehendunt, quantitatem
sine materia esse posse (nam hoc modo illorum apprehensio penitus falsa esset) sed nul-
la materiæ habita ratione, solam quantitatem sibi considerandam proponunt. Atq; hoc
ipsum etiam in re admodum simili egregiè explicant nobis Aristotelis interpretes, ac Di-
uus Thomas inter cæteros. 1. lib. de anima dum ex ipsius Aristotelis sententia demon-
strant

ſtrant quomodò genus habeat eſſe (ut ita dicamus) immateriale, & quomodo ex multorum collectione conſtituatur; Dicũt enim intellectũ non id apprehendere, naturam 26
communem ſine principiis materialibus, & (ut ipſi inquiunt) indiuiduantibus eſſe, quia hoc modo apprehenſio eſſet falſa, ſed apprehendere naturam tantùm communem, puta hominis, ſiue alterius rei cuiuſcunque, quæ natura conſtet, principia uerò immaterialia & iudiuiduantia, puta hanc carnem, & hæc oſſa minime animo, & cogitatione complecti. Nec debere hoc abſurdum ideò iudicari, quod ſine eiuſmodi principiis materialibus communis hominum natura eſſe non poſſit, nam etiam cum album hominem proponis, quamuis non poſſis ab eo albedinẽ ita animo ſeparare, ut apprehendas illum albũ non eſſe, tamen poteris, albedine ipſa non conſiderata, ſolum hominem apprehendere. Non ſecus ergo & de pollicitatione concludendum eſt, nam cum illa per ſe efficax ſit, ac ſe ſola contenta, non id curamus, utrum acceptantis conſenſus interuenerit, nec ne. Non 27
quia id apprehendamus, acceptantis conſenſum nõ adeſſe, nam hoc modo apprehenſio falſa eſſet, cum imò ferè ſemper ille adſit (& hoc eſt quod apud noſtros interpretes maximas turbas excitauit) ſed omiſſa planè, ac non conſiderata acceptatione, ſolius offerentis promiſſionem attendimus, atque illam uerè pollicitationem eſſe definimus.

ARGVM.

QVomodo hęc, quæ ſimplicius hucuſque tradita ſunt, ad pollicitationes tùm priuatis, tùm reip. factas, atque etiam ad propoſitarum dubitationum ſolutiones applicari poſſint.

1 Quomodo accipienda ſit pollicitatio quæ priuatis fit.
2 Verè affirmari poteſt, pollicitationes factas ptiuatis efficaces eſſe.
3 Ratio cur pollicitatio relata ad priuatos nunquam alio modo quàm in cõmuni ſignificatione accipiatur.
4 Cur priuatis non obligemur, niſi eorũ cõſenſus accedat.
5 Nũquã adeſt æquitas, quæ ad pfectè obligandum ſatis ſit, niſi is cui promiſſum promittentis fidem ſequutus fuerit.
6 Quomodo probetur pollicitationem relatam ad remp. ſemper accipi in legitima ſignificatione.
7 In pollicitatione facta reip. actio, & omnes iuris effectus inde prouenientes ſoli ipſi pollicitationi, non autem acceptationi tribuuntur.
8 Multa in quocunq; actu adhiberi poſſunt, quæ tamen ad illius actus ſubſtantiam nihil pertinent, nihiloque magis conſiderantur, quàm ſi nullatenus interueniſſent.
9 Quæ ſit ratio diuerſitatis inter priuatos, & remp. cur reip. facta pollicitatio ſola attendatur, cum tamen in priuatis acceptantis conſenſus ſit neceſſarius.
10 Dupliciter poſſumus quid reip. polliceri, aut ſimpliciter, aut ob cauſam, quę futurum aliquid reſpiciat.
11 Propter opus cœptum agitur ex pollicitatione etiam facta ſine cauſa.
12 Variæ intelligentiæ l. Charidemo. ff. de pollicit.
13 Gladiatorii muneris atrocitas.
14 Nouus eiuſdem legis ſenſus.
15 Regula conſtitui poteſt pollicitationẽ ſimpliciter factam etiã Reip. inefficacẽ eſſe.
16 Cauſa impulſiua non impedit quominus pollicitatio ſimpliciter facta dicatur; ut cum quid ob honorem iam decretum pollicemur.
17 Conſenſus nõ per ſe ſolus immediatè obligationem producit.
18 In pollicitatione facta reip. quæ concurrãt ad obligationem inducendam.
19 Ex uoto cur obligemur, multò maior eſt ratio, quàm ex pollicitatione facta reipub.
20 Cur acceptantium decurionum conſenſus non attendatur in eo quod reip. polliceamur

CAP. XX.

HVius nostræ sententiæ quasi summam hactenus exposuimus, nunc autem, ut plenius doceamus, quando uel in communi, uel in legitima significatione accipiatur pollicitatio, ac simul ea quæ simpliciter hucusque tradidimus, legū authoritate aliquantò accuratius comprobemus, distinguendum in primis esse arbitramur, priuatonè fiat pollicitatio, an uerò reip. uel Deo opt. max. nam quod Deo uouemus, prorsus pollicitationi comparatur. l. 2. ff de pollicit. ac de utraque separatim nobis agendum est. Quod attinet ad priuatum, constanter affirmari potest, nunquam ad
1 eum referri pollicitationem, quin sumatur in vulgata, communique significatione; tunc enim iurisconsulti promissionem priuato factam appellant pollicitationem, cùm promissionem ultrò factam significare uolunt. Quare nō concedimus pollicitationem in priuato inefficacem esse, quia cùm hoc modo pollicitationis nomen rectè tribuatur uariis cōuētionibus, in quibus ultrò aliquid promissum fuerit, sicut illę uariis de causis possunt effi
2 caces, uel inefficaces esse, sic dicimus ēt pollicitationes, quæ fiunt priuato, efficaciā habere uel nō habere posse. Quod qui negant, in eo decepti sunt, quòd crediderūt nō posse esse pollicitationem, in qua consensus acceptantis interuenerit; Sed ut ipsi quod sentiunt, nullo modo probare possunt, ita nos sententiam nostram probamus ex illis omnibus legibus, quæ ex pollicitatione sibi facta, priuato actionem concedunt, ac præsertim ex l. ult. C. ad Velleian. ubi Iustinianus nihil referre statuit, utrum quis pro muliere dotem pollicitus sit, uel spoponderit. Quod ipsum etiam habetur in l. 1. C. de iure dot. facitque ad hoc l. 1. §. penult. ff. de collat. dotis. l. si mutuam. §. salarium. ff. mand. cùm aliis multis superius adductis. Sed quæ ratio est (inquies) cur in priuato nunquam pollicitatio alio
3 modo quàm in communi hac, & vulgata significatione accipiatur? Hanc rationem ex iis, quę supra diximus, licet facilè intelligere. Diximus quando ex duabus speciebus una tanquam pars in altera includitur, illam, quæ partis uicem obtinet, nunquam accipi in legitima significatione, hoc est nō considerari per se, ut terminum iuris, & ut speciem ab altera distinctam, nisi quando per se producit aliquem iuris effectum, ita ut reliquæ partes illius totius uel inutiles sint, uel certè non sint considerabiles, quemadmodum uariis exemplis demonstrauimus. At in priuato nunquam sola promissio ipsi facta efficax est ad producendā obligationē, sed semper acceptantis cōsensus in ea cōsideratur. Quod optimè

mè ostendit nobis Vlp. qui cùm de priuatorum obligationibus loquitur,dicit nullã esse
obligationē, quæ non habeat in se consensum l.1.ff.de pact. Ac si hic quoque quæras ra
tionem,cur priuatis non obligemur,nisi eorum consensus accedat, respondeo quæren- 4
dam esse potius rationem, cur secus sit in rep. & de hoc inferius agemus;Nam quod in
priuato constitutum est,apertissimam rationem habet. Obligationis fundamentum om
ne æquitas est l.stichum. §. naturalis.ff.de solut. æquitas autem naturalis quæ perfectam 5
obligationē inducit,nō ex eo solo oritur,quòd promissum aliquid fuerit,sed ex eo quòd
alter acceptauerit, ac promittentis fidē sequutus fuerit.l.nō amplius.§.is natura debet.ff.
de reg. iur. At non dicitur quis alterius fidem sequutus,nisi quatenus acceptauit. Qua re
fit,ut in priuato pollicitatio per se ad obligandum æquitatis non satis habeat.Quod cùm
ita sit,satis ex hoc rationē habemus,cur per se tanquā terminus iuris, ac tanquā species à
pacto diuersa inter priuatos homines pollicitatio nō cōsideretur. Et hæc de pollicitatio
ne quæ priuatis fit.Quod uerò attinet ad illã,quæ fit reipub.contrariũ cōcludendũ est,ni
mirum accipi illam in legali significatione,prout iuris terminus est, & species à pacto di- 6
stincta.Idque apertissimo argumento demonstratur; Nam cùm diuersimodè uideamus
accipi pollicitationem, negari non potest, quin in eo potissimum titulo ut terminus iu-
ris,& ut species distincta accipi debeat, in eo (inquam) titulo quem de pollicitationibus
compilatores inscribunt,& quem à titulo de pactis seiungunt. At in eo titulo de pollicita
tionibus tantùm reipub. factis loquuntur, quibus (ut diximus) uotum comparatur l.2.
eiusdem titu. Confirmatur hoc prætereà, quia eodem illo in tit. in l. pactum tradi-
tur diffinitio pollicitationis à pacti diffinitione penitus diuersa, quod certè non fie-
ret, nisi pollicitatio acciperetur vt terminus iuris, & tanquā species à pacto diuersa. Qua
ex re iam perspicuè apparet, propter ea quæ nos supra docuimus, in pollicitatio-
ne facta reipub. ipsius acceptationis nullam haberi rationem, sed & actionem, & om-
nes iuris effectus, quotquot inde proueniunt soli pollicitationi debere tribui. Ne- 7
que enim alia causa facit, ut ex sola ipsa pollicitatione diuersus iuris terminus, & à pa-
cto seiunctus constituatur, nisi quia cum pactum sit duorum consensus,non ibi certè pa-
ctum induci potest,ubi acceptantis consensus(uel si is maximè interuenerit)nullatenus at
tenditur. Nec mihi sæpè illud inculces, posse contingere, ut huic quoque pollicitationi,
quæ reip.fit consensus acceptantis accedat, Nam fateor non modo hoc posse continge-
re, sed ut plurimum, imò ferè semper ita esse,sed tamen dico hic acceptantis consensum 8
nihilo plus operari, quàm in condendo testamento operetur consensus hæredis, aut in
aditione hæreditatis consensus legatarii; Quia sicut in iis actibus sola uel testatoris dispo-
nentis, uel hæredis adeuntis uoluntas ualet, neque aliud præterea ad testamentum, uel
aditionem necessarium est, sic quandò pollicitatio fit reip. usque adeò illa per se efficax
est & ad obligationem, & ad actionem ut nullum, acceptationis adminiculum amplius
desideret. Sed dubium hic est,cur pollicitatio,quæ fit reipub.(de ea loquor quæ ad agē
dum efficax est)à se ipsa tãtùm hanc efficaciam agnoscat, ita ut in illa consensus acceptā 9
tis non attendatur, cùm tamen pollicitationes,quæ priuatis fiunt, ex ipsa potissimum ac
ceptatione robur,ac firmitatem assumant. Mirum certè hoc primò aspectu unicuique ui
debitur, nam si in contrahendo reip. semper tantum tribueretur,ut posset sibi alios obli
gare ex iis causis, ex quibus ipsa aliis non obligaretur, nemo esset qui uellet cùm rep.cō
trahere. At quoniam constat non in aliis speciebus hoc admitti iuxta no. in l.ciuitas. ff.
si cert. petat. uidendum est quatenus, aut qua ratione hoc reipub. concessum sit, ut in
actio-

10 actionibus proponendis præcipuo iure utatur. Animaduerto pollicitationem, quæ
fit Reip. aut simplicem esse, aut ob finalem (ut ita dicam) causam aliquam fieri, Velut, cùm Reip. aliquid promittitur, ut ipsa quoque inuicem aliquid faciat, uel præstet; Quoties pollicitatio simplex est, rectè regula constitui potest non ualere illam, neque actionem producere, neque enim satis est factam esse Reip. nisi ob causam facta fuerit, Traditur hoc in l. 1. §. non semper autem, illo ipso tit. de pollicit.

Non semper autem (ait ibi Vlp.) obligari eum qui pollicitus est, sed si quidem ob « honorem promiserit decretum, uel decernendum, uel aliquam iustam causam tenebi- " tur ex pollicitatione, si uerò sine causa promiserit non erit obligatus, & ita multis " constitutionibus & ueteribus, & nouis continetur. Quanuis secus sit ubi opus ali-
11 quod licet sine causa promissum cœptum fuit, ut ibidem subijcitur; At si opus non
cœperit, qui sine causa pollicitus erat, nulla actione tenebitur. Hoc modo etiam intelligenda est. l. Charidemus eo. tit. Charidemus respondit, ex epistola, quam muneris " edendi gratia absens quis emisit, compelli non potest, quia nulla ibi causa proponitur « ex qua fuerit facta pollicitatio, pollicitationem uerò sine causa etiam Reip. factam « inutilem esse iam demonstratum est. Quocircà frustrà prorsus uidentur mihi nostri interpretes circa illius legis intelligentiam insudasse, dum rationem quæsierunt cur ibi
12 pollicitatio inutilis sit. Sentiunt plerique ideò non ualere pollicitationem illam;
quia missa fuerit epistola; Epistolam uerò pollicitationi propterea impedimento esse putant, quòd qui epistolam accipit, pollicitationi consentire credatur, ubi uerò consensus accedat, non pollicitationem, sed pactum induci arbitrantur, ita refert hîc Ripa inter alios nu. 26. & hęc ratio uidetur frequentiùs probari; Alciatus in d. l.
13 Charidemus. existimat hoc potiùs gladiatorij muneris atrocitati tribuendum esse,
ut ob eam causam pollicitatio minus probetur, Idque uarijs antiquorum scriptorum authoritatibus confirmare conatur, quod tamen à sententia Vlpiani in ea lege alienissimum est. Mihi uerò frustrà uidentur Doct. de illius legis ratione dubitasse, cum ibi nulla extet causa, ex qua fuerit facta pollicitatio, ac pollicitationem sine causa non ualere, uel prima illius tituli lege à Vlpiano ipso admoneamur. Vnde & in alijs legibus illius tituli uidemus iurisconsultos, in eo potissimum occupari, ut causas enumerent, quæ pollicitationem ad agendum efficacem reddunt. l. propter
14 incendium, & l. ob casum illo tit. de pollicitat. Quanquàm & alio modo existi-
mo exponi posse responsum illud Vlpiani in l. Charidemus, ut dicamus ibi epistolam non ad Rempub. seu decuriones missam fuisse, neque enim ullum ibi uerbum habetur, unde hoc colligi possit. Quare ut diuinatio omnis absit, possumus intelligere ad alium aliquem epistolam fuisse missam, puta ad uenatores qui ad publicam uenationem populo edendam, feras inuenirent, uel ad amicos forsan, qui muneris edendi rationem inirent, atque ad eam rem necessaria pararent Cum uerò hæc epistola fortè ad decurionum manus peruenisset, & dubitaretur, an ex ea intelligeretur facta pollicitatio, ita ut qui scripserat, ad muneris editionem compelli posset, hac de re consultus Vlp. respondit, compelli eum non debere, quæ responsio rationem sanè maximam habet, cum is Reip. nihil uerè pollicitus sit, quanuis id ipse animo agitauerit, atque etiam amicis fortè uoluntatem suam testatam fecerit. Et hoc quoque multò probabilius est, quàm quæ nostri interpretes in illius legis explicatione nugantur. Vtcunque res sese habeat, regula hæc intrepidè constitui

Q potest

poteſt pollicitationem factam Reip. ſine cauſa, ab eo ſcilicet qui nihil à Rep. poſtulat, 15
ac nihil ſe conſequuturum ſperat, actionem non producere. Ab hac tamen regula il-
li caſus excipiendi ſunt, quorum proximè meminimus, cùm ſcilicet aliquis promiſit
propter incendium, uel terræmotum, uel aliquam ruinam, quæ Reipub. contigerit, uel
ob quemcunque caſum, quem ciuitas paſſa ſit. l. propter incendium. l. ob caſum illo tit.
de pollicit. Intelligo has omnes pollicitationes ſimplices eſſe, quæ factæ ſunt ſine
cauſa (ut ità dicam) finali, quæ proprium pollicentis commodum ſpectet, nimirum,
cum is qui pollicetur, nihil contra à Repub. poſtulat, aut expectat, quanuis adſit cau-
ſa impulſiua, quæ pollicitationem interdum efficacem reddit. Atque in hoc numero 16
poſſumus reponere illam quoque pollicitationem, quæ fit ob honorem iam decre-
tum, non decernendum dico, ſed iam decretum. Nam tunc qui pollicetur nihil con-
tra à Rep. poſtulat, cum iam honorem fuerit conſequutus, tametſi (ut dixi) cauſa
impulſiua non deeſt d. l. 1. §. non ſemper. Ratio uerò cur in eiuſcemodi ſpeciebus
poſſit agere Reſpub. cum tamen hoc priuato non concedatur, ratio hæc (inquam)
non ex conſenſu, cuius iam diximus in legali pollicitatione nullam rationem habe-
ri, ſed ex alio æquitatis fonte deſumenda eſt. Nam uel ſi id ſeruari æquitas poſtulet, in
quod conſenſum eſt, poſſunt tamen & alia eſſe, ex quibus æquitas deriuetur. Æqui-
tatem uerò ipſam adeſſe ſatis eſt, ut inducatur obligatio, quanuis non ex conſenſu pro
ueniat. Neque enim conſenſum per ſe, ſed æquitatem obligationis fundamentum eſſe 17
tradidit Paul. in l. Stichum. §. naturalis. ff. de ſolut. Æquiſſimum porrò iudicarunt le-
gum noſtrarum authores compelli eum ad ſolutionem, qui ob incendium, terræmo-
tum, uel alium ſimilem caſum quanuis ſimpliciter, ac nullius ope præmij Reip. aliquid
promiſerit, quoniam præter fidem datam in pollicendo, urget maximè illud pietatis 18
uinculum, quo patriæ quiſque ſuæ deuincti ſumus. At neque illud æquitatis ſatis ha-
beret, ut propterea promiſſor compelli deberet, niſi accederet tertiò præſens Reip. ca
ſus, & neceſſitas, quæ facit, ut à quocunque ciue illã deſeri parum pium, & honeſtum,
ab ijs uerò qui prius polliciti aliquid erant quaſi naturalem æquitatem agnoſcentes,
deinde mutato propoſito ipſi Reip. quaſi illudunt, omninò illicitum habeatur, cùm
præſertim potuerit eorum promiſſio alios negligentiores reddere, qui alioquin ob in-
ſtantem neceſſitatem fuerant promiſſuri. Quod ipſum dici poteſt etiam quando ali-
quis ob honorem iam decretum pollicitus eſt, tunc enim tria pariter adſunt, quæ
ſoluendi neceſſitatem inducunt, nam præter promiſſionis momentum, adeſt æquitas
paris gratiæ benefacientibus referendæ, quę cum patrię charitate concurrit. Atqui
certè in pollicitatione Deo facta, quam peculiari nomine uotum appellamus, multò 19
magis uiget hæc ratio. Cum quicquid omnes & poſſumus, & habemus, id totum ſo-
lius præpotenti Dei benignitati acceptum feramus. Ideò dici non poteſt quanto illi
plus, quàm ipſi patrię, uel alijs quibuſcunque debeamus. At de pollicitatione pri-
uatis facta non idem dici poteſt. Namque in priuatis hanc tantam pietatis ratio-
nem non uigere exploratiſſimum eſt. Hanc puto eſſe ueriſſimam rationem cur pol-
licitatio etiam ſimpliciter, ac ſine ullius ſpe prœmij Reip. facta ſola per ſe ad agen-
dum efficax ſit. Ex ea uerò fit, ut acceptantium decurionum conſenſus non attendatũ, 20
cuius quidem ut tanto minus ratio habenda ſit, facit etiã illud, quoniã ita demũ alicuius
acceptatio, & conſenſus attenditur, quando ille recuſare, ac diſſentire poteſt, arg. l. uelle
non uidetur. ff. de reg. iur. at decuriones pollicitationem Reip. factam, quæ ipſius com-

modum

modum contineat, recusare non debent: Et hæc hactenus de simplicibus pollicitationibus Reip. factis, in quibus is qui pollicetur, nihil sibi contra à Repub. præstari postulat; Quod erat primum caput huius distinctionis, quam circa pollicitationes Reip. factas adhibuimus. Secundum caput erat, quando Reip. fit pollicitatio alicuius rei contemplatione, quam è contra is qui pollicetur, ab ipsa Repub. im-
21 petrare uelit, ueluti si Reip. aliquid pollicearis, ea sortè de causa, ut tibi extrahendi ex urbe frumenti facultatem concedat, siue ut publici serui in agro tuo opus faciant, uel ut in locis publicis aut uenari, aut armenta pascere, aut aliud quippiam agere tibi liceat. In quibus casibus, atque in alijs omnibus eiuscemodi concludimus Rempub. uti priuatum haberi, & propterea tunc pollicitationem Reip. factam non considerari tanq̃ terminum iuris, aut tanq̃ speciem à pacto diuersam, sed accipi tantùm in significatione communi, ita ut semper tanq̃ pars integralis ad speciem aliquam conuentionis referatur, quæ regula unam tantùm admittit exceptionem, ut posteà uidebimus. Iam uerò ratio, cur id ita sit, diligenter est aduertenda, eaq; (iudicio meo) talis est. Nam quoties commodi mei gratia, & ut mihi contrà aliud præstetur, Reip. aliquid polliceor, non æquè uideor naturalem illam obligatio-
22 nem agnouisse, qua patriæ tenemur, quemadmodum in superiori capite diximus, sed nihil aliud, quàm commodum meum uideor spectasse. Quare amota patriæ obligationis contemplatione, restat, ut Respub. tanq̃ priuatus consideretur. Quo fit, ut sicuti diximus legales pollicitationes non esse, quæ priuatis fiunt, neque specie differre à conuentionibus, sed earum totam efficaciam ab acceptantis consensu pendere, idem & in istis concludendum sit, quanuis Reip. fiant. Cum enim nulla alia de causa promittam, nisi ut ad illud præstandum, quod mihi contra exposco, decurionum uoluntatem, & consensum alliciam, fieri non potest, quin eorum consensus attendatur, & quin ab eo potissimum æquitas omnis, atque huiusce promissionis efficacia pendeat. At non conuenit hoc naturæ pollicitationis legalis, à qua Vlp. amouet omnem consensum, eamq; solius offerentis promissionem esse
23 statuit: Ab hac regula unicam tantùm speciem excipio, cùm scilicet aliquis ob honorem sibi decernendum Reip. aliquid promittit. Dixi decernendum, quia si iam decretus fuerit, tùm pollicitatio quæ iam non aliò spectat, nihilque amplius sibi quærit, inter simplices pollicitationes potius referenda est, quare de ea satis iam supra loquuti sumus. At cùm honos decernendus est, licèt pollicitatio eo nomine facta uerè ob causam facta sit: tamen illis pollicitationibus, de quibus proximè sumus loquuti, nequaq̃ similis est, sola enim per se attenditur pollicitatio, tanq̃ terminus iuris, solaq; per se efficax est, neque utrum Respub. consenserit, uel minus ullatenus consideratur. l. 1. §. non semper. l. pactum. l. si quis ob honorem cum aliis simil. ff. de pollicit. Sed quæ tanta (inquies) huius diuersitatis ratio est, inter ho-
24 norum spem, aliasq; causas, ut tanti referat, utrum ob honores decernendos, an alterius cuiuscunque rei contemplatione pollicitatio facta fuerit? Venit mihi in mentem hæc ratio, quam uerissimam esse iudico, nam si in pollicitationibus, quæ propter honores fiunt, acceptantium decurionum consensus attenderetur, hoc nihil
25 aliud esset, quàm uendendo, seu permutando honorum commercia, & conuentiones inire; Quod ut ipso propè uocis sono turpissimum est, ita in Repub. nihil eo potest esse perniciosius. Atq; utinam demonstratione id egeret, nec tàm apertè experientia

hoc ita esse ipsa doceremur. At esto (dices) turpe fuerit bonorum inire commercia, ac
propterea admitti non debuerit, ut pollicitationis efficacia ab implemento, & consensu
decurionum penderet; uerùm cur non potius constitutum est, hanc pollicitationem pla
nè inefficacem, atq; inualidam esse, quemadmodum cum priuato alicui facta est, quàm
cum, qui pollicitus est, ad præstationem inuitum compelli posse? Respondeo non po-
tuisse, nec debuisse in hoc Rempub. cum priuatis æquo iure censeri, neq; enim cùm de
honoribus decernendis agitur, potest Respub. comparari priuatis hominibus, à quibus
neque honores, neq; munera ulla publica obtineri posse perspicuum est. Quare æquius
uisum fuit, eum qui ob honores Reip. aliquid pollicetur, ex sola pollicitatione necessa
riò obligari, & ad soluẽdũ cõpelli posse, idq; ob rationem superiori capite adductã, quia
quoties quis cum Repub. tanq̃ Repub. aliquid agit, uidetur semper naturalem obli-
gationem illam agnoscere, qua tenemur omnes ciuili societati, in qua quisque uel natus
est, uel saltem degit, publicosq; honores consequitur. Quare uoluerunt leges hunc actũ
ex parte tantum illius esse inefficacem, qui illicitam uenditionem agressus est. Quod si
quis fortè erit, cui hoc minimè absurdum uideatur, quod nos supra diximus absurdissi-
mum esse, honorum commercia, & uenditiones fieri, ac reiecta hac nostra ratione du-
bitet adhuc, cur in pollicitatione ob honores facta pollicitatio ipsa potiùs per se at-
tendatur, quàm acceptantis consensus. Respondeo huius rei aliam quoq; rationem es-
se posse. Etenim si ponis hoc, neque absurdum iudicas, honores pretio concedi con-
sueuisse, credẽdum certè est, hoc potiùs auctionis, ac licitationis cuiusdam in modum,
quàm alia ratione factum fuisse, ueluti cùm præconis uoci aliquid subijcitur. Id quod
etiam ostendit uerbum polliceri, quod ἀπὸ τοῦ πολὺ quod est multum, & liceri, quod au-
ctionari significat, tractum fuisse probabilius est; At in licitationibus quanuis ille, qui 26
offert, statim obligetur, non tamen statim licitantis consensus accedit. Et licet ipse quo-
que licitator postremi offerentis promissionem approbare teneatur, id tamen in Re-
pub. non est admittendum, semper enim illam liberam esse oportet, ut quæ in honori-
bus concedendis non solam pecuniæ oblatæ magnitudinem, sed & morum probita-
tem spectare debeat. Ac sanè facilè id contingere potest, ut qui plus obtulit, indignus pla
nè sit, qui honorem illum adipiscatur, quod in priuatorum licitationibus, in quibus so-
lum commodum spectatur, nunq̃ contingit. Ex his omnibus liquidò constare arbi-
tror, quo pacto propositę superius difficultates dissolui possint. Et quod attinet ad pri
mam, iam uidemus hæc duo minimè inter se pugnare, ut in pollicitatione consensus ac-
ceptantis non modò tacitus, sed & expressus interuenire possit, & tamen rectè Vlp. à 27
pollicitationis diffinitione consensum excludat in l. pactum. ff. de pollic. Cum enim pol
licitationis uires, & efficacia nulla ex parte à consensu acceptantis pendeat, consensus
iste in pollicitatione tanq̃ demortuus iacet, utpote qui nullos producit effectus, ac nul-
lum quasi spiritum habet. Quare uel si is maximè & tacitè, & expressim in pollicitatio-
ne interuenire possit, tamen non debuit Vlp. in pollicitationis diffinitione illum com-
plecti. Nec enim magis ad ipsius pollicitationis substantiam pertinet, quàm ad substan-
tiam testamenti consensus hæredis, aut ad substantiã nuptiarũ (hodie præsertim iure Põti
ficio) consensus patris, uel ad perficiendam hæreditatis aditionem consensus aut credi-
torum, aut legatariorum, Et tñ in his omnibus actibus & hæredis, & patris, & creditorũ
seu legatariorũ cõsensum uel expressum posse interuenire perspicuum est. Ex hoc etiam
patet secundæ difficultatis explicatio, dum dubitabatur, quomodò accipiendum sit id 28
quod

Quod ex pollicitationis diffinitione infert Vlp. in l. pactum. ff. de pollicit. scilicet ideò ex Pollicitatione agi posse, quia sit solius offerentis promissio, cùm potius uideretur contrarium inferri debuisse. Qua in re animaduertendum est, non illud simpliciter inferri posse agi ex pollicitatione, sed ita constitutum esse, sic enim loquitur Vlp. Et ideò (inquit) illud " est constitutum, ut si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. " Cur autem id constitui oportuerit, rectissimè ex eo infertur, quod in diffinitione pollicitationis traditum erat, nępe pollicitationem solius offerentis promissionem esse. Nam cum ex obligatione oriatur actio. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procurat. obligatio uerò ex duorum consensu oriatur. l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. ubi idem Vlp. nullam esse obligationem ait, quę non habeat in se consensum, maxima cum ratione poterat dubitari, an pollicitatio, quæ sola offerentis promissione perficitur, deberet esse efficax, ita ut posset illud tanquàm debitum exigi, quod quis ob honorem Reip. pollicitus esset, uidebatur enim pollicitationis natura ab obligationum regulis abhorrere. Eamobrem ergo constitutum est, ut tanquàm debitum id exigatur, quia ita naturali æquitati conuenire iudicatum est. Neque enim id statuissent legumlatores, quod à naturali æquitate abhorreret. Quocircà uidentur mi-
29 hi nostri interpretes errasse, qui naturalem obligationem ex pollicitatione oriri frequentius negarunt, quæ sententia latius à nobis superius confutata est. Quemadmodum etiam frustra (iudicio meo) dubitarunt, utrum ex pollicitatione oriretur ex-
30 ceptio. Nam si de legali pollicitatione loquamur, quæ definitur in l. pactum, quomodò possumus de exceptione dubitare, cùm ex ea pollicitatione actionem oriri uideamus? Si uerò pollicitationem in communi accipiamus significatione, nihil est, quod de ea separatas ullas regulas constituamus, nam cum semper uel cum simplici pacto, uel cum alijs conuentionibus subiecto concurrat, in ipsa locum habebunt ea omnia, quæ de conuentionibus à nobis superius tradita sunt. Tertia erat difficultas, qua ratione iurisconsulti pollicitationem ab ea promissione separarint, quæ pactis continetur; Quod ipsum tàm accurratè nos hactenus explicuimus, dum separatim & priuatis, & Reip. factas pollicitationes considerauimus, ut in eo diutius insistere minimè necessarium sit. Planissimè etiam ex prædictis explicatum est, quod quarto loco dubitabatur, cur ex pollicitatione ob honores sibi facta non agat Respub. actione præscriptis uerbis, sed ex sola ipsa pollicitatione, & cur non idem sit, quando ob aliam quamcunque causam pollicitatio fit. Siquidem inter honores, & alias res, quarum spe, ac contemplatione possumus Reip. aliquid polliceri, apertissimam (ni fallor) rationem assignauimus. Ad quintam, & ultimam dubitationem,
31 dum quærebatur, qua ratione pollicitationes de non petendo à iurisconsultis non fuerint consideratæ, respondetur id necesse non fuisse; nam aut eo modo pollicitationes factæ proponuntur, & ob eas causas, quæ considerarentur in tit. de pollicitationibus, & uerè sunt pollicitationes, neque fuit dubitandum, an parerent exceptionem, cùm & ad agendum efficaces sint, quoties affirmatiuè aliquid continent. Si uerò ex alia quacunque causa polliceatur aliquis Reip. se non petiturum eiusmodi pollicitationem in naturam pacti semper transire concludimus: Nam cùm per se efficaces non sint, in ijs consensus Reip. acceptantis attenditur, ac præsertim cum ad pręcedentem aliquam conuentionem dissoluendam pertineant, quę utriusq; partis consensu constabat; Quare quæ de pactis de non petendo à iurisconsultis

passim

passim tradita reperiuntur, in eiusmodi quoque pollicitationibus locum habebunt. Hæc de pollicitationibus est nostra sententia, accuratè hactenus explicata. Ex hac uerò tota explicatione possumus nonnullas colligere conclusiones, quæ Accursij, 32 Bartoli, aliorumque sententijs à nobis supra relatis penitus aduersantur. 1 Ac primùm ex sola præsentia, & taciturnitate consensum præsumi non concedimus. 2 Quanquàm præsumaturne, uel minus, ad propositam pollicitationum tractationem nihil credimus pertinere. 3 Ideoque Baldum, & sequaces inanem operam sumere, qui ut ostendant pollicitationem posse fieri præsenti, non præsumi inter præsentes consensum demonstrare contendunt. 4 Propterea etiam illud, quod Reip. potiùs quàm priuatis facta pollicitatio ualeat, non ea ratione fieri concedimus, quia minus in Rep. quàm in priuatis adsit consensus. 5 Quocircà illorum sententiæ penitus aduersamur, qui propter hanc ipsam rationem ea, quæ de Reip. pollicitatione constituta sunt ad ecclesiam, ad pauperes, ad collegium, & ad quancunque uniuersitatem extendunt, cum nec causæ, quas in Rep. allegauimus, nec iurisconsultorum uerba, qui de legitima pollicitatione loquuntur, prędictis speciebus ulla ex parte conueniant. 6 At neque illis assentimus, qui Reip. quidem consensum in pollicitatione fatentur adesse, sed à consensu priuatorum differre illum existimant. 7 Vtcunque uerò sit, nos in pollicitatione uerum consensum interuenire posse non dubitamus. 8 Differentiam uerò illam inter pactum, & pollicitationem, ut ex consensu expresso pactum, ex tacito uerò pollicitatio inducatur (quemadmodum Aret. & Decius crediderunt) planè reijciendam arbitramur. Nam & pactum ex consensu tacito induci, & pollicitationem ibi quoque esse posse, ubi consensus etiam expressus adsit, minimè dubitamus. 9 Qua in re tametsi Voconio assentimus, tamen eam, quam ipse inter pollicitationem, & pactum differentiam tradit, minimè probamus. 10 Vnde, uel si rogantibus decurionibus aliquid ob honores decernendos promittatur, non tamen pactum, sed ueram pollicitationem esse dicemus. 11 Huius porrò nominis;pollicitatio;non unicam, sed duas significationes esse demonstrauimus. 12 Ex quibus unam tantùm priuatorum pollicitationibus. 13 Iis uerò pollicitationibus, quæ Reip. fiunt, utranque conuenire. 14 Eaq; ratione posse dici etiam extra illas causas, quas passim in tit. de pollicitationibus tradunt iurisconsulti, pollicitationem Reip. factam efficacem esse. 15 In quacunque uerò significatione accipiatur pollicitatio, ex ea naturalem obligationem oriri. 16 Nec non & exceptionem ex ea dari, non dubitanter affirmamus.

ARGVM.

VNde primum fluxerit hoc nomen;stipulatio; Et an nostris Doctoribus assentiendum sit, qui dum quærunt, cur stipulatio potius à uerbis, quàm à consensu fuerit nominata, ea in re statuũt stipulationem alio nomine uerborum obligationẽ appellari.

1 Ab Alciato reprehenditur Iustinianus.
2 Ex libris Pauli desumpsit Iustini. stipulationis ęthimogiam.
3 Stipulum unde.
4 Stipulatus pro stipulatione sæpè usurpatur.
5 Altera stipulationis æthim. ex Varrone, & Festo.
6 Stipulari dicitur, qui interrogat, & qua ratione.

Quomodo

CAP. XXI.

Reliquum esset,ut priusquam ueniremus ad stipulationem,quæ hîc à Iasone, cęterisq; recentioribus inter sex illos terminos ultimo loco numeratur, alios nonnullos declararemus,qui ex iis adhùc supersunt. Verùm profectò quæ de ipsis dici possent, partim per se perspicua sun t, partim etiam à nobis satis hucusque fuere illustrata,dum generatim de obligationibus loquuti sumus. Quocirca ne in rebus friuolis explicandis,aut quæ satis iam fuerint explicatæ, frustra tempus conteramus, satius esse ducimus,ad stipulationem ipsam quamprimùm deuenire, ut obligationibus generatim cognitis,illæ nunc speciatim cognoscantur, quæ adhibita stipulationis solemnitate contrahuntur. Stipulationem(ut de nomine anteà breuiter agamus)ex eo dictam esse putat Iustini. inst.eo in princ.quòd stipulū apud ueteres firmū appellabat̃,stipulū uerò putat à
1 stipite fluxisse.Quam deriuationē non satis probat Alcia. lib.1.Parerg.cap.39. At nō ausim ego improbare quod primò dixit Iustin. appellari stipulationem à stipulo; Nam uideo idem sentire Iulium Paulum lib. 5.recept.sent.cap.7. quo loci. Appellatæ(inquit) «
2 stipulationes sunt, quòd per eas firmitas obligationum constringitur,stipulum enim ue «
teres firmum appellauerunt. Magis uerò certè dubium est quod posteà subiicit Iustin. stipulum fortè à stipite descendere, non tamen in hoc admittenda est Alciati reprobatio, dum is reprehendens Imperatorem, dicit stipitem, seu truncum cum contractu nihil commune habere. Quandoquidem Imp. non stipulationem, sed stipulum à stipite deducit. Veruntamen illud potius probarem,ut diceremus stipulum deri-
3 uari non ἀπὸ τοῦ στύπου, hoc est à stipite, ut credit Iustinianus, sed ἀπὸ τοῦ στιπτοῦ, quod dēsum,& solidum significat; Sicque deriuationem illam, quam stipulationi immediatè tribuit Alciatus hìc nu.25.& d.cap.39. ego potius stipulo tribuerem; Nam si id retinemus quod & Paulus probat, stipulum ueteres dixisse,quod firmum est, non grauatè Imperatori assensero, qui stipulationem à stipulo dictam esse arbitratur. Rectius enim semper mihi

mihi uidebitur latinæ vocis origo ex alia latina, quàm ex græca uoce desumi posse. Nec porrò dubitandum est, quin quæ stipulationis uera sit denuatio, eadem cõueniat & huic uerbo, stipulari, itemq; etiã dictioni stipulatus, nã stipulatũ pro stipulatione accipi non 4
obscurum est, cum sæpè legamus in stipulatum committere, uel deducere l. uxori §. ult. ff. de lega. 3. l. si pecun. ff. de usuris & §. Itẽ per accept. Inst. qui mod. obliga. toll. Vnde
etiam Diocletianus. in l. 3. C. de inutil. stipul. Super stipulatu tuo (inquit) adi præsidem prouinciæ. Aliam huius uocis deriuationem habemus à Festo, qui à stipe, hoc est num- 5
mo signato, sicuti stipendium, quod militi datur, ita etiam stipulationem credit fuisse appellatam. Probat hoc & Varro, additque insuper stipem à stipando deduci, stipare autem dici ἀπὸ τοῦ στίβειν, quod græcè idem significat. Quanquam uerò neutra deriuatio magis conuenit facto illius qui interrogat, q̃ illius qui respondet, ut perspicuum est, tamen usus obtinuit, ut stipulari dicatur qui interrogat, ut cum dicimus stipulatus est 6
Mæuius, spopondit Titius l. iurisgentium. §. quod ferè. ff. de pactis. Propterea reum stipulandi distinguimus à reo promittendi toto tit. ff. & C. & inst. de duob. reis. Atque ita fermè semper accipitur uerbum stipulari, ut referatur ad solam interrogationem, & distinguatur ab actu promittendi l. Lecta. ff. si cert. pet. §. Item per acceptilationem inst. quib. mod oblig. toll. l. 1. §. si stipulanti. cum §. sequenti. l. qui Romæ §. flauius, atq; alibi sæpissimè infra tit. nostro. Et ad hoc Prisc. adducit illud Iuuen. in 2. Quantumuis stipulare, & protinus accipe quod do. Quod ipsum ego non tàm ea ratione fieri puto, quia interrogatio sit principium actus, & pars actiua ipsius contractus, aut quia creditor sit dignior, ut docet Accursius, & alii in l. 1. in princ. infra eo, quàm quia hoc totum (quicquid est remedij) gratia interrogantis comparatum est, cui soli præsidio est firmitas stipulationis. Quapropter consentaneum fuit, ab hac ipsa firmitate interrogationem potius nominari, quàm responsionem, cum id maximè semper attendatur, quod potissimum agitur l. si quis nec causam. ff. si cert. pet. Verumtamen, quanuis ad interrogantem præcipuè refe- 7
ratur uerbum stipulari, negari tamen non potest, quin respondentis quoque actum ui sua complectatur. Neque enim quicunque interrogauit, dicitur esse stipulatus, sed is cuius interrogationi solemnibus uerbis responsum fuerit. Quo fit, ut cum dicimus aliquem fuisse stipulatum, promissionis, seu sponsionis mentio non sit necessaria, nisi cum speciatim persona illius qui promisit, exprimenda est. Quoniam uerò, cum distinctam personarum habemus mentionem, utimur ferè uerbo stipulari, ac non ita sępe stipulationis uocabulũ usurpamus, facit hæc causa ut non sic soleamus stipulationem à sponsione di- 8
stinguere, quemadmodum distinguimus eum qui stipulatus est ab eo qui spopondit, nã uel si interdum hoc fiat, ut in l. sponsio. ff. de uerb. signif. perrarò tamen hoc reperitur. Atque ut plurimum cum stipulationem dicimus, responsionem simul complectimur, & interrogationẽ, ut in l. 1. in princ. in l. 5. §. stipulatio infra eo & in aliis fermè legibus omnibus quæ de stipulatione loquũtur. Eamobrem uariasse iurisconsultos in stipulationis diffinitione inferius uidebimus, ac modò stipulantis, modò promittentis factum spectasse uideri, quorum utrumque includit stipulatio, uel si pręcipuè interrogationem significet. Exemplo est illa uox, homicidium, quæ licet interfectoris præcipuè factum exprimat, ta- 9
men illius quoque passionem qui interfectus est, necessario exprimit. Sic etiam cum dicimus emptionem, præcipuè quidem ementis factum exprimimus, sed quia is emisse dici non potest, cui res uendita non sit, propterea ipsam quoque uenditionem eodem emptionis uocabulo includimus, itemque è conuerso uenditionis uocabulo emptionem

ipsam

ipſam complectimur; Quod idem & in locatione, & conductione perſpicimus. Ac
10 quanuis ſeorſum interdum exprimi ſoleant emptio, uenditio, locatio, conductio, ut in l. iuriſgentium in princ. ff. de pact. in l. ſi ſtipuler. §. ult. inf. eo, non id tamen ea ratione fit, quia in his conuentionibus non ſemper unius actus alterius quoque factum comprehendat, ſed quia ſinguli iſti actus ſingulas producunt obligationes, ut alias diximus. Quod in ſtipulatione, & ſponſione ſecus eſt, cum ex utraque oriatur una tantum obligatio, quare ſufficit earum alteram exprimere, nimirum aut ſtipulationem, aut ſponſionem: Nam & uerbum ſponſio, quia non quamcunque promiſſionem ſignificat, ſed quæ præcedente interrogatione fuerit legitimè facta, ad totam conuentionem ſæpè refertur, ut in l. ſciendum. §. dictum. ff. de ædil.
11 edict. Eſt enim ſponſio (ut docet Paulus in l. ſponſio. ff. de uerb. ſignifi.) non ſolum quæ per ſponſi interrogationem fit, ſed omnis ſtipulatio, promiſſioque.

At quod diximus paulò antè, uerbum, ſtipulari, ſæpè referri ad ſolam interrogationem, non ſic uerò referri poſſe ad ſolam reſponſionem, id non eſſe perpe-
12 tuum credit Alciatus in l. 1. in princ. inf. eo. Quin potius commune hoc uerbum eſſe dicit, atque iccircò factum quoque promittentis poſſe interdum ſignificare. Quod ipſum uidetur optimè probari ex l. ſi non ſortem. §. penult. ff. de condict. indeb. quo loci illa uerba; Si ſtipulatus decem, uel hominem decem ſoluero: nullum alium uidentur ſenſum habere poſſe, quàm ut decem uel hominem promiſerim. Sic etiam uidentur eſſe accipienda uerba Vlpiani in l. in ijs. §. j. uerſ. ſed ſi fortè. ff. de ſolut. cum proponit aliquem ſoluiſſe uſuras, quas omninò non erat ſtipulatus, hoc eſt non promiſerat, loquitur enim de uſuris indebitis. Idemque prorſus uidetur eſſe ſenſus Diocletiani in l. magnam. C. eo. cum de eo loquitur, qui ſe aliquid facturum ſtipulatur, nam ſæpè nos daturos promittimus, nemo autem ſe daturum interrogat. Idcircò Accurſ. in l. 2. §. quod ſi in patris. in fin. ff. ſolut. matr. putat non modò uerbum ſtipulari, ſed etiam ſtipulationis nomen poſſe ad ſolam promiſſionem referri. Nam cum Vlpianus ibi his uerbis utatur. Quod ſi ſui iuris fuerit facta filia, nocebit ei iſta ſtipulatio. Accurſius exiſtimat ſtipulationem eo in loco accipi pro promiſſione, iuxta l. ſi non ſortem. §. penult. ff. de condict. indeb. Sed neque ibi neceſſaria eſt eiuſmodi expoſitio, neque ullam aliam legem eſſe puto, ubi ſtipulatio pro ſola promiſſione accipiatur. Quod ſi loquamur de uerbo ſtipulari, durum etiam mihi uidetur, poſſe illud ſignificare idem quod promittere. Quare quod iuriſconſulti (quemadmodum uidimus) ad perſonam promiſſoris apertiſſimè hoc uerbum referant, non ea ratione fieri puto, quia ſtipulari ſignificet promittere, ſed quia ijs in legibus
13 paſſiuè accipitur uerbum, ſtipulari, ita ut idem ſignificet, quod interrogari per ſtipulationem; Vnde quòd dicatur promiſſor ſtipulari, id cauſæ eſt, quia promiſſor interrogatur. Atque huic ſententię optimè conueniunt leges ſupra citatæ, nimirum l. ſi non ſortem. §. penult. ff. de condict. indeb. l. in ijs. §. 1. ff. de ſolut. aliæq; planè omnes, quæ ad hoc afferri poſſunt. Rectè enim is dicitur ſoluere qui ſtipulatus erat, quoties ſoluit is, qui per ſtipulationem erat interrogatus; Sicq; uerbum ſtipulari eandem ubiq; retinet ſignificationem, ut ſemper ad interrogationem, quanuis non ſemper actiuè, ſed interdum paſſiuè referat. Sic porrò accipi uerbũ ſtipulari, docet Philippus Beroaldus author locupletiſſimus in Vitellium Sueto. cap. 14. ac multò antè docuit

Prisc.lib.2.de cōstr.idq; demōstrāt eiusdē Suetonij uerbis in 4.Prætorū cū is dixit mino rem xxv annis non posse stipulari,intelligunt enim stipulari, hoc est interrogari per stipulationem. Allegat etiam Beroaldus illud Plautinum, Nisi dolo malo instipulatus sis, hoc est interrogatus, ac stipulationi ipsi alligatus. Itaque commune erit hoc uerbum, non ea quidem ratione, quam sentit Alciatus, quia promiscuè & ad interrogationem referatur, & ad promissionem, sed quia relatum ad interrogationem & actiuè, & passiuè accipi potest. Ac de stipulationis uocabulo hactenus. Iam uerò putant nostri interpretes hanc, quam dicimus, stipulationem alio nomine appellari uerborum obligationem. Quando uerò hoc, uel illud ipsi potius nomen conueniat, explicat hìc Socinus, aitque posse stipulationem dupliciter consi- 14
derari. Primò dum fit, sicque quatenus uerborum conceptio est, ut in l. 5. §. stipulatio inf. eo. & hoc modò uerè (inquit) stipulatio est, non autem uerborum obligatio. Deinde prout iam facta est, & hoc modo putat illam posse dici uerborum obligationē, iuxta l.1. in princ. inf. eo, ubi cum Vlp. dicit stipulationem non posse fieri nisi utroque loquente, interpretantur nonnulli stipulationem ibi significare uerborum obligationem, ut Accurs. in 1. expositione, nec sanè uidetur hoc ab horrere à uerbis illius legis, saltem primo aspectu, cum nihil aliud uideatur esse posse, quàm uerborum obligatio, id quod utroque loquente conficitur. Hanc distinctionem inter stipulationem iam factam, & prout est in fieri ante Socinum docuit Barr. in l. 5. §. stipulatio. inf. eo, quem ibi Imol. & alii sequuntur. De qua quid ego sentiam, dicam haud multò post. Iam uerò hìc nostri interpretes, qui constanter illud retinent, posse stipulationem alio nomine appellari uerborum obligationem, studiosè rationem inquirunt, cur stipulatio potius à uerbis nominetur, quàm à consensu. 15
Quam quæstionem à Castrense hìc nu. 2. primùm excitatam Alex. Socinus, Ripa, & alij deinde fusius prosequuti sunt. Putat Castrensis iccircò stipulationem à consensu nomen non assumpsisse, quòd consensum ipsum requirunt conuentiones planè omnes. l. 1. §. penult. ff. de pact. Quocircà non potest nomen à consensu tractum non alijs quoque conuentionibus omnibus generatim conuenire. At non uidentur posse facere generalia nomina, ut quę ex ipsis nominantur species, uerè di- 16
cantur nominatæ. Idque permutationis, ac transactionis exemplo Castrensis demonstrat, quæ uel si nominibus hisce nuncupentur, quoniam tamen hæc ipsarum nomina nimis latè patent, propterea inter contractus innominatos censentur, ut no. in rub. C. de rerum permut. Quemadmodum neque ullus homo dici posset, qui non proprio ullo, sed generali tantùm nomine homo uocaretur. Hanc Castrensis rationem reijcit hìc Alex. nu. 12. quandoquidem ex ea sequeretur (ut ipse existimat) nullam obligationem debere nominari à consensu. Quod tamen esse falsum ostendunt obligationes, quæ oriuntur ex emptione, uenditione, locatione, conductione, mandato, quæ omnes à consensu nominantur. l. consensu in princ. sup. tit. 1. & inst. de oblig. quæ ex consens. nascuntur. in princ. Conatur Socinus occurrere huic obiecto, dum ex aliorum etiam interpretum sententia à consensu rudi, atque informi de quo 17
solo loquitur Castrensis, distinguit consensum formalem à quo prędictas conuentiones sicut robur, & efficaciam, ita etiam nomen assumere posse non inficiatur. Illius enim cōsensus (gratia exempli) quo uenditio perficitur, eam dicit esse formā, ut subesse rem uēdi am oporteat, itemq; pretium in pecunia numerata. §. pretiū inst. de empt. & uēdit. Sed debilem

debilem, atq; infirmam esse hanc defensionem primùm res ipsa satis edocet, cum in cæteris quoque conuentionibus subsit semper aliquid ad quod consensus applicetur. Deinde clarius etiam ostendunt leges proximè adductæ, in quibus Caius, & Iustini. cum dicunt hasce obligationes induci ex consensu, non eam afferunt rationem, quòd consensus iste diuersum aliquid contineat, sed ex eo tantùm mouentur, quia in illis conuentionibus solus consensus interuenit, ita ut neque scriptura opus sit, neque præsentia, at nec dari quicquam oporteat, sed satis sit eos qui negotia gerunt, consentire. Neque aliud sentit Paul. in l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. dum dicit receptum esse in eiusmodi conuentionibus, solo consensu constitui obligationem. Attamen non propterea Alexandri obiecto acquiescendum est. Quin uerò illud ex hoc ipso, quod diximus, satis infirmatur, cum enim obligationes quæ consensu fiunt, ex solo ipso consensu robur assumant, nec proprium prætereà quicquàm habeant, fuit certè maximè consentaneum à consensu illas nominari. At stipulatio præter consensum uerborum solemnitatem habet, ex qua potissimum uires assumit, quæq; ipsi maximè peculiaris est. Quare non eadem in stipulatione, quæ in illis conuentionibus, ratio est, cur à consensu nominari debuerit. Et quan-
18 uis illæ nomen generis tantùm habeant, non tamen innominatæ dici possunt (id quod de transactione, ac permutatione non malè Castrensis affirmat) quia quæ nomen generis tanquàm proprium assumunt, proprio nomine carere existimari non possunt, ut de adoptione, iurisdictione legato, testamento exempla notissima sunt. Posset in hunc modum Castrensis ratio defendi, Verùm quia ipsius hac in re sententiam non prorsus probo, quidnam illud sit, in quo ille non rectè mihi sensisse uideatur, inferius aperiam. Aliam rationem affert hic Alex. eam nimirum, quòd cæteri contractus sine uerbis melius contrahantur, quàm stipulatio. Etenim stipulatio nullo modo sine uerbis contrahitur, At cæteri contractus per nuncium, uel per epistolam, imò etiam tacitè fieri possunt, d. l. consensu sup. tit. prox. l. item quia. ff. de pact. Ita Alexander. Qui quanuis hanc rationem tradat tanquàm à Castrensis ratione diuersam, tamen qui accuratius illam considerauerit, apertè uidebit à Castrensis sententia non longè ipsam abesse. Tertia est ratio Socini, qui dixit ideò obligationem, quæ oritur ex stipulatione, à uerbis potius, quàm à con-
19 sensu nominari, quia consensus stipulationis materia est. l. 1. §. penult. ff. de pact. At uerba ipsius formam perficiunt. Licet enim (inquit) hodie non amplius requirantur uerba illa solemnia, quæ antiquitus erant in usu. §. sed hæc solemnia inst. eo mansit tamen ea solemnitas, & forma, ut uerbis expressam interrogationem præcedere, ac subsequi responsionem necesse sit. l. obligamur. §. uerbis sup. tit. prox. Quocircà maximè consentaneum fuisse uidetur, à uerbis potius, quàm
20 à consensu stipulationem nominare. Potior enim ubique forma est, cum ea ipsa maximè cuiusque rei substantia semper contineatur. l. Iulianus. §. quantum. ff. ad exhibend. l. cum hi. §. si prætor. ff. de transact. & hanc rationem ante Socinum docuit Bart. in l. legitima in 1. col. uers. Aduerte quæro. ff. de pact. Sentio quidem has rationes omnes eiusmodi esse, ut plerisque prima fronte satis consentaneæ uideri possint, sed nequaquàm illæ tamen uidentur mihi ueritatis scopum attingere. Quoniam uerò, ut perfectè hoc, quod quærimus, intelligatur, stipulationis substantia penitus tenenda est, atque illa non nisi ex diffinitione cognoscitur, pro-

R 2 prætereà

pterea huius totius rei explicationem ad eum locum duximus reſeruandam, ubi ſtipulationis diffinitionem declarabimus; Ibi porrò dicemus & qua de cauſa minus probemus aliorum rationes, & quàm huius rei ueram rationem eſſe exiſtimemus. Verùm in præſentia illud ſilentio prætereundum non eſt, quod multò magis ad propoſitam no 21
minis quęſtionem ſpectat, nempè ab omni ueritate alieniſſimum eſſe, quod noſtri omnes ut ueriſſimum admittunt, poſſe ſtipulationem alio nomine uerborum obligationem appellari. Verè enim effectus eſt ſtipulationis uerborum obligatio, non ipſa ſtipu- 22
latio, cum ſtipulatio ſit quidam actus, ex quo oritur ius obligationis, ut perſpicuè docet Paul. in l. 2. in fin. ff. ſi cert. pet. Verbis quoque (inquit) credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito, ueluti ſtipulatione. Facit l. 1. § quod meus. ff. de ſtipul. ſeru. & l. ex placito. C. de rerum permut. Nec ſanè recipienda eſt diſtinctio illa Socini, qui plurimi referre arbitratur, utrum conſideretur ſtipulatio illo 23
ipſo in actu dum fit, an uerò poſteaquàm fuit iam inducta, Cum nihil abſurdius dici poſſit, quàm quod iam natum eſt, ab eo differre quod naſcendo anteà fuerat. Neque enim quiſquàm affirmauerit poſſe aquilam eſſe, uel ceruum, aut aſinum, qui homo tunc fuerit, cum naſceretur, ut rectè in re ſimili aduertit Alciatus in l. quæſtio. ff. de uerb. ſigni. Quanquàm uerò ea, quæ iuris ſunt, ita inducuntur, ut in ipſorum quaſi procreatione factum interueniat, tamen hoc factum ab illis ipſis iuribus, quæ procreantur, eſt planè diuerſum, ſicut ab hominis procreatione hominem ipſum differre exploratiſſimum eſt. Itaque factum eſt ſtipulatio, ius uerò, quod inde oritur, eſt uerborum obligatio, ut latius dicemus infrà in explicatione diffinitionis in uer. conceptio. Nec nos moueat, quod dicatur interdùm confici ſtipu- 24
latio, cum tamen confici factum, non niſi abſurdè dici poſſe uideatur. Nam & ſtipulari ſtipulationem dixit Vlp. in l. 3. § 1. ff. iudic. ſolui, & aliæ eiuſmodi permultæ reperiuntur loquendi formulæ, quæ licet primo aſpectu abſurdæ uideri poſſint, uſu tamen iuriſconſultorum receptæ ſunt, Vt cum dicimus ſeparari uſumfructum à proprietate, quanuis ipſe anteà non ſit uſusfructus. §. 1. inſt. de uſufruct. Item retineri poſſeſſionem, quanuis illa à retentione non differat, ut alias à nobis demonſtratum eſt. Hinc etiam patet reijciendam eſſe diſtinctionem, quam tradit hìc Ripa, ex Socini diſtinctione maxima ex parte deſumptam, dum dupliciter ſtipulationem conſiderat, hoc eſt nondum formatam, & poſteaquàm formata eſt, ac ſtipulationem nondum formatam, ſi conſideretur in abſtracto, idem prorſus eſſe vult, quod ius obligationis, Itemq; ſtipulationem iam formatam, ſi non pro contractu, ſed pro ipſius contractus effectu accipiatur. Siquidem nos planè inficiamur eſſe ullam legem, in qua ſtipulatio ſumatur pro effectu contractus, ac pro iure obligationis. At decepit ipſum illa l. cum mota. C. de tranſact. ab ipſo adducta, ubi Antoninus quam primo appellat ſtipulationem, paulò poſt uocat uerborum obligationem. Sed non animaduertit Ripa, ibi non ſumi ſtipulationem pro obliga- 25
tione, ſed obligationem pro ſtipulatione, ac pro facto obligandi. Nam cum ibi conſideret Imperator, utrum omiſſa ſit uerborum obligatio, an uerò conuentioni ſubdita fuerit, apertè hæc uerba nobis factum indicant, neque iuri obligationis ullo modo conueniunt. At quoniam uel ſi pro iure, ac pro ſtipulationis effectu ſumatur uerborum obligatio, nihilominus dubitari poteſt, cur illa potius à uerbis, quàm à conſenſu nominetur, hoc ipſum eſt, quod nobis inferius explicandum reſeruauimus.

ARG.

ARGVM.

QValia olim uerba in ſtipulationibus eſſent neceſſaria; Quo primùm tempore ea uerborum obſeruatio fuerit ſublata. Et quomodo ſimul concilientur duæ leges, Leonis ſcilicet una, & altera Vlpiani, quæ ſimul pugnare uidebantur.

1 Stipulatio quid.
2 Altera ſtipulationis diffinitio ex Paulo.
3 Qui ſtipulari non poſſint.
4 Cuiuſmodi uerba eſſent antiquitus in ſtipulatione neceſſaria.
5 Non refert qua lingua ſtipulatio concipiatur.
6 Leonina conſtitutio.
7 Fueritnè omnium primus Leo, qui in ſtipulatione antiquam uerborum ſuſtulit ſolemnitatem.
8 An uerbis æquipollentibus poſſit fieri ſtipulatio, & quomodo hoc accipiendum ſit.
9 Quo tempore uixerit Vlp. Et quanto annorum interuallo Leonem Imp. antecesſerit.
10 Varię explicationes § ſi quis ita referuntur, ac reprobantur, & nu. ſequentibus.
11 Multæ ſunt leges, quæ uidetur iuriſconſultis ea tribuere, quæ poſtea imperatorũ conſtitutionibus inducta ſunt.
12 Iuſtiniani erga ueteres iuriſconſultos reuerentia.
13 Temporibus Seueri qui Alexandrum, ac Vlpianum præceſſit, iam uerborum ſolemnitas in ſtipulationibus fuerat introducta.
14 Cuiuſmodi ſit præpoſteri uitium, quod à Leone in dotibus, in cæteris uerò materiis à Iuſtiniano ſublatum eſt.
15 Quomodò potuerit forma uerborũ tolli in ſtipulatione, quin ſimul & ſtipulatio ipſa tolleretur. & nu. ſeq.
16 Concipiendæ ſtipulationis duplex obſeruatio.
17 Quid ſolemnitas differat à forma.
18 Non erat ſtipulationis forma, quod ſolemnibus potius quàm aliis uerbis conciperetur, ut nec nauis forma eſt, quod ex certo lignorum genere fabricetur.
19 Verborum ſolemnitas in ſtipulatione uſu tantum fuerat inducta.
20 Quo tempore primum, & qua ratione à prædicta uerborũ ſolemnitat receſſum ſit.
21 Referebat plurimi quantum ad antiquam ſtipulationis ſolemnitatẽ, utrum reſpõdiſſet aliquis quid ni? an aliis uerbis uſus eſſet quantumuis aperte promittẽtis conſenſum exprimentibus.
22 Erat olim in inſtitutione quoque uerborum quidam delectus & tamen uerbis ſubintellectis poterat fieri inſtitutio.
23 Anne omnia prorſus ſolemnia uerba complexus ſit Iuſtini. in §. In hac re. quæ antiquitus erant in uſu.
24 Vtilis hodiè erit ſtipulatio etiam ſi uerba non debitoris, ſed creditori factum exprimant.

CAP. XXII.

DE nomine hæc dixiſſe ſat erit. Nunc demum ſtipulationis ipſius naturam, & ſubſtantiam conſideremus, quam quia accurata diffinitione explicat Pomponius in l. 5. §. infra eo. neceſſarium eſſe duximus, ſingula illius diffinitionis uerba expedere. Sic enim quæ à noſtris in hac Rub. de ſtipulatione in quæſtionẽ uocantur, & ſi qua erunt prætereà, quę hac in re ſcitu neceſſaria ſint, pleniſſimè omnia cognoſcemus,
1 Stipulatio (inquit Pomponius) eſt uerborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum, facturumve ſe id quod interrogatus eſt reſpondet. Ab hac non planè diſſimilis eſt alia diffinitio, quam tradit Paul. lib. 2. recept. ſentent. cap. 3. dicens ſtipulatio
2 nem eſſe uerborum conceptionem, ad quam quis congruè interrogatus reſpondet, At quoniam

quoniam Iustinianus omissa Pauli diffinitione solam eam, quæ traditur à Pomponio, legibus suis inseruit, propterea nos quoq; hanc unam nobis explicandam proponimus. Stipulationem dicit Pomp. esse uerborum conceptionem, sicq; huius diffinitionis hoc genus esse statuit, ut postea dicemus. Hac dictione VERBORVM primũ usus est, quia in stipulatione uerba in primis sunt necessaria l. obligamur §. uerbis. supra tit. 1. & Inst. eo: in princ. cũ multis aliis. Neq; enim potest fieri stipulatio nisi utroq; loquente, atque ob 3
id neque mutus, neque surdus, neque infans, neque absens stipulari possunt. l. 1. in princ. infra eo. Quod quo pacto intelligendum sit, & qua tenus quemque uel mutum, uel surdum, uel absentem accipere debeamus, ut à stipulatione excludatur, explicabimus in l. 1. in princ. infra eo; ubi & cæteri interpretes nonnullas hac de re quæstiones proponũt. Nunc uero, ne à proposito recedamus, uideamus cuiusmodi uerba esse debeant, quæ stipulationẽ rectè perficiant. Angustis admodum finibus hoc antiquitus concludebatur. Erant enim hac in re tradita certa illa, ac solemnia uerba spondes? spondeo, pro- 4
mittis? promitto, fide promittis? fide promitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo. facias? faciam. Quæ uel si tàm latina lingua, quàm Græca, uel Pœna, aut Assiria, aut alia quacun 5
que fieri possent, ac tàm propria, quàm aliena, dummodo ipsorum uerborum sensum uterque stipulantium uel per se, uel interpretis alicuius ope penitus intelligeret. l. 1. in fine infra eo. tamen quacunque lingua conciperentur, erant omninò eadem illa uerba necessaria, nec sine ipsis poterat legitimè uideri contracta stipulatio. §. In hac re. Inst. eo. Verùm postea hæc solemnitas seruari desiit, lata est enim Leonina constitutio, quæ so- 6
lemnitate uerborũ sublata sensum, & consonantẽ uerborũ tantùm intellectũ exigit ab utraque parte, quibuscunque tandem uerbis contrahentes utantur. § sed hæc solemnia
« Inst. eo. Cuius constitutionis uerba leguntur in l. omnes C. eo. Omnes stipulationes, etiã
« si non solemnibus, uel directis, sed quibuscunque uerbis consensu contrahentium compositę sint, uel legibus cognitę, suam habeant firmitatem. Hìc porrò dubitatio oritur haudquaquam certè contemnenda, mirum enim uidetur quomodo potuerit Iusti 7
nianus uerè affirmare hanc solemnitatem uerborum à Leone Imperatore fuisse sublatã, cùm legibus apertissimis probari uideatur, nec ante Leonem quidem ea uerba fuisse necessaria, sed uerbis æquipollentibus stipulationem fieri potuisse. Verè tamen non omnes leges stringunt, quæ ad hoc probandum afferuntur. Siquidem posse stipulationem fie- 8
ri uerbis æquipollentibus, probat Socinus ex l. si sub una. infra eo, ubi si sub significatione diuersis nominibus eadem res appelletur, dicit Paulus non infirmari obligationem, si alter altero uerbo utatur. Idem probat Socinus ex l. quæ extrinsecus. in 2. responso infra eo, quo loci Florentinus nihil obesse dicit, si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione uarietur, ideoque stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondẽdo nos obligari, prout etiam obligaremur, si cum seruus stipularetur Lucio domino suo, Titio qui idem esset, nos daturos sponderemus. Ibique etiam Accursius in uer. appellatione. nonnulla eiuscemodi affert exempla. At non uidentur mihi hę leges ad propositam dubitationem quicquam pertinere, Loquuntur enim quando in appellatione uariatum est uel rei, quæ deducitur in stipulatum, uel personæ, cui fit stipulatio. Nos autẽ loquimur de uariatione illorum uerborum, quibus perficitur stipulatio, & quæ si legitimè concipiantur, seruato. s. ordine interrogationis, ac responsionis obligationem ipsam adstringunt. Multò igitur rectius idipsum probatur ex l. 1. infra eo. quam tertio loco ip
« se Socinus adducit. Si quis ita interrogetur (inquit Vlp.) dabis? & responderit, quid ni?

is utique

is utique in ea causa est, ut obligetur. Verba solemnia erant, dabis? dabo. Et tamen statuit Vlp. ab illis posse recedi, & posse stipulationem ijs etiam uerbis concipi. dabis? quid ni? Quod si concedimus Vlpiani temporibus fuisse hanc solemnitatem sublatã, nullo modo defendi poterit quod dicit Iustinianus, nimirum fuisse Leonem, qui primus eam sustulerit. Nã multò ante Leonẽ uixit Vlp. fuitque à consilijs Alexandro Imperatori, inter quem, & Leonem tres, & uiginti Imperatores, anni uerò CCL. intercessere. Sic uidemus difficilem admodum esse huius nodi explicationem, quę propterea nostros
10 interpretes nõ immeritò turbauit. Cumanus in d. §. si quis ita, cui & Socinus hìc assentitur, respondet iussu Iustiniani factum fuisse, ut Leonis constitutio, quæ hanc sustulit solemnitatem, Vlpiano tribueretur. Idq; & alibi fieri Iustinianũ iussisse, ob quandam in iurisconsultos uenerationem, ut hoc illos honore decoraret, iuxta l. 2. §. Tãta C. de ueter. iur.
11 enucl. Atqui certè uidetur hoc ipsum multarum legum exemplis comprobari posse, in quibus illud idem tribui uidetur iurisconsultis, quod postea imperatorum constitutionibus fuit inductum in l. 2. in fine. ff. de iniust. rupt. & irrit. testam. iuncta l. hac consultissima §. si quis autem C. de testam. in l. qui fundum §. qui filios. ff. ad l. Falcid. iuncta l. cum quidam C. de legat. in l. si mortis causa. ff. de inoffic. testam. iuncta l omnimodò. C. eo. tit. de inoffic. testam. in l. illud, & l. Marcellus ff. de donat. caus. mor. iuncta l. ult. C. eo. titu. de dona. caus. mort. Sed nunquam ego hanc responsionem, ut neque alias eiuscemodi, satis tutam esse iudicaui; etenim quanuis Iustinianus tantam anti-
12 quitati habuerit reuerentiam, ut nomina prudentũ taciturnitati tradi passus non sit, sed unumquemque eorum, qui author cuiusque legis fuerit, horum libris inscribi uoluerit, ut ipse inquit in d. §. tanta. attamen non temere affirmandum est, etiam ea quæ uerè iurisconsultorum non fuerint, ipsis tamen iurisconsultis tribuere ipsum uoluisse. Quod tãtò minus hìc uerosimile est, quia in §. si quis ita. non simpliciter id refertur quod disponitur in d. l. omnes, sed certa quædam facti species deciditur. Aliam responsionem affert hìc Socinus à Thoma Doctio ipsius præceptore anteà traditam, ut cum perspicuũ sit Vlpianum tàm longo annorum interuallo Leonem pręcessisse, dicamus tẽpore Vlpiani nõdũ extitisse illã solemnitatẽ, uerũ posteà fuisse inductã, ac mox à Leone Imperatore sublatã, ut in d. l. omnes. C. eo. Ita Doctius coniiciebat; Cuius tñ coniectura uidetur mihi
13 alia fortissima cõiectura maximè infirmari. Videò enim tẽpore Seueri, qui perpaucis annis, nimirum nouem supra uiginti, ante Alexandrũ, imperauit fuisse dubitatũ an per hæc uerba, faciã quod uis, posset fieri stipulatio l. blanditus C. de fideiuss. id quod omni planè dubitatione caruisset, si nulla adhúc stipulationis solemnitas fuisset introducta. Huc accedit, quod si uoluisset Leo illa constitutione ius redigere ad statum antiquum, nulla ratio est, cur hac de re mentionem nullam habuisset. Verùm, ut contrarię nullæ extarent coniecturæ, ad eiusmodi tamen solutiones, quæ mutationem aliquam factam esse coniiciunt, nunquam ego putaui confugiendum esse, nisi cum quid dicatur, aliud planè deest. Sunt qui dicant tempore Vlpiani fuisse quidem sublatam solemnem uerborum obseruationem, sed remansisse tamen solemnitatem, quantum ad ordinem interrogationis, & responsionis, atque hunc postea Leonina constitutione fuisse correctum, ita ut hodiè præposter ordo interrogationis, ac responsionis ualiditati ipsius stipulationis nulla ex
14 parte obesse possit ar. l. præposteri C. de testam. quo loci profitetur Iustinianus Leonis constitutionem in eo se imitatum esse, quod ibi statuit nec contractibus, nec testamentis præposteri reprehensionem quicquam officere. Quæ responsio non modò falsa, sed

planè

planè erronea est. Vnde meritò recentiores Senenses qui illam hìc referunt, eandẽ postmodò reijciunt, Missis enim cæteris, satis conuincitur ex illa ipsa l. præposteri, ubi cũ dicat Iustinianus in stipulationibus præposteri reprehensionem sustulisse, apertè ostẽdit Leonina constitutione non fuisse illam sublatam in stipulationibus, sed tantùm in dotibus, quẽmadmodum ibi dicitur. Constat uerò ibi loqui Iustinianum de solius temporis pręposteratione, cuiusmodi illa est. Si nauis ex Asia redierit, hodiè dare spondes? de qua etiam in §. si quis ita. stipulatus Inst. de inutil. stipulat. Idque perspicuè ostendunt ultima uerba illius l. præposteri. Exactione uidelicet post condicionem, uel diem competente. Longè probabilius haec in re locuti sunt Hyeronimus Butigiela hìc, & Ioannes Crotus in d. §. si quis ita in 4. nota. Qui sanè ambo ad ueritatem propè accesserunt quamuis ipsius scopum (mea sententia) non planè tetigerint, Cui rei argumento illud est, quod ipsi dissident inter se, cum tamẽ ueritas una sit, eaq; à se ipsa minimè dissentiat. Nos igitur demum sententiam hac de re nostram exponemus, ex qua etiam illud intelligetur, quo modo potuerit Leo uerborũ formã, & solemnitatẽ auferre in stipulationibus anteà necessariam, quin simul & stipulationem ipsam penitus sustulerit. Audiui enim hac de 15
re nonnullos propterea dubitare, quod cum forma sit, quæ rei substantiam perficit l. Iulianus. § si quis. ff. ad exhib. non uidetur sublata alicuius rei forma, posse ullo modo res ipsa consistere. Vt ergo rectè hæc omnia intelligantur, illud ante omnia præ oculis habẽdum est (quod uel unicuiq; perspicuũ esse potest) concipiendæ stipulationis duplicẽ fuisse obseruationem. Prima fuit forma uerborum, propterea quòd præcedere interroga- 16
tionem, ac congruam subsequi responsionem oportebat. Fuisse uerò hanc immutabilem constanter affirmandũ est, cum nisi stultè dubitari possit, quin ea mutata protinus desiisset esse stipulatio, atque alterius potius actus substantiã assumpsisset, sicut uidemus sublata hęredis institutione tolli protinus substantiã ipsius testamenti ut no. in l. 1. ff. de testam. facit l. 1. ff. de hæred. instit. & §. ante hæredis Inst. de legat. Alia fuit obseruatio, quæ non ad rationem, & modum ineundæ stipulationis spectabat, sed ad genus uerborum, quibus ipsa concipiebatur, & hæc non erat forma quæ stipulationis substantiam perficeret, sed erat potius solemnitas quædam in stipulatione necessariò adhibenda. Quamuis au- 17
tem solemnitas quoties uel lege præcipitur, uel usu iam fuit introducta, prorsus necessaria sit, ita ut ea prætermissa, actus ualere non possit, atque ob id rectè etiam substantialis solemnitas dicatur, tamen ea in re differt à forma, quia solemnitas à lege inducta ab ipsa lege pariter tolli potest, eodem in posterum manente actu. At forma neque etiam à lege potest tolli, quin simul totus ille actus, seu res, cuius erat, forma perimatur. Hoc uerò ita esse, satis ex eo apparet, quia uidemus testamẽtorum solemnitatem sępè à legibus fuisse uatiatam, tùm quę ad testium numerum spectat, tùm etiam quæ ad testatoris condicionem spectat, idque factum est testamenti semper nomine, & substantia nihilominus retẽta. At non sic potuerunt leges testamenti formam auferre, hoc est hæredis institutionẽ, quin simul testamentum ipsum penitus è medio tollerent ar. §. sed neque Inst. de testament. & §. ante hæredis Inst. de legat. Non secus ergo in stipulatione aderat solemnitas quæ ad uerborum delectum pertinebat, & necessariò quidem illa recquirebatur, non tamen stipulationis ipsius formam perficiebat. Sicut nauis forma non est, quòd ex hoc 18
potius quàm illo lignorum genere fabricari soleat. Alterum illud prętereà ad faciliorem huius dubitationis explicationem nobis præmuniendum est, antiquam illam uerborum solemnitatem non expressa aliqua lege fuisse inductam, sed usu tantùm receptam. 19

Quod

Quod liquidò apparet ex uerbis Iustiniani in §.sed hęc solĕnia, dum ibi dicit solĕnia illa uerba olim fuisse in usu. Fueruntq́; etiam antiquitus eiusmodi alia, quæ ex antiqua potius obseruatione firmitatem obtinebant, quàm quia expressim lege ulla præciperenť, ut quod habeť in §.pręcereà.inst.quib.mod.ius patr.poteſt.solu.& in §.sed neq;.inst.de testamĕt.
20 His ita constitutis, ut ad propositā difficultatem proprius accedamus, considerandum est, fieri non potuisse, quin ob multa, & uaria negotiorum genera interdum contingeret (inter imperitos præsertim) alijs uerbis concipi stipulationem, aut saltem non ijsdem prorsus, quæ à iurisperitis ut legitima, ac solĕnia recipiebantur. Quoties uerò hoc eueniebat, quoniam tunc semper de stipulationis uiribus dubitabatur, propterea iurisconsultos ipsos consuli, aut Imperatores adiri necesse erat. Ac porrò illi uariè respondebant, nunc pro stipulatore, nunc contra ipsum, prout uidebant ea uerba, quæ in stipulatione fuerant adhibita, legitimis illis, ac solĕnibus uerbis uel magis, uel minus conuenire. De iurisconsultis hoc dico, quorum sententijs nihil poterat ĭmutari, nisi postea q̄ illæ usu fuerant receptæ. ar. l. Gallus. §. ult. ff. de lib. & posthum. Namq; ab Imperatoribus satis erat, ea uerba idonea iudicari, quæ solĕniū uerborum numero adijcerenť. Iam uerò tĕporibus Seueri receptū erat, præter uerba consueta, ijs quoq; uerbis faciā qđ uis posse concipi stipulationem. d. l. blanditus. C. de fideiuss. Blanditus tibi est (inquit “ Seuerus) qui non teneri te persuasit, quod cum pro alia interuenires ὅτι θέλεις ποιῶ. id “ est, quod uis faciam, dixisti; Cum & his uerbis obligationĕ contrahi pridĕ receptum sit. “

Posteà uerò imperante Alexandro, qui (ut diximus) xxix. annorū interuallo Seuerū consequutus est, Vlp. qui ipsi Alexandro erat à consilijs, magnāq́; doctrinæ opinionĕ fuerat adeptus, fortè aliquādo fuit interrogatus, an stipulatio quæ his uerbis proponeretur cŏcepta, dabis? quid ni? firmitatĕ ullā obtineret. Is cū uideret iam anteà in nŏnullis speciebus ab illa tàm angusta uerborū solĕnitate fuisse recessum, nŏ putauit illā tā strictè accipiĕdā esse, ut hoc casu irrita fieret stipulatio, eoq́; maximè quia uerba illa solĕnia dabis? dabo. hāc uideťur admittere interpretationĕ, ut satis sit, uerbū, dabo, posse subintelligi, ita ut quoties interrogatus, dabis? respŏdet quid ni? perinde habeať, ac si expressim se daturū ꝑmisisset, hoc est ꝓtulisset illud uerbū, dabo, quod inter uerba solĕnia numerať. Quod ipsum uideť sensisse Crotus post Thomā Dociū in l. 1. §. si quis ita. inf. eo. Itaq; Vlp. nŏ sic respŏdit, quia antiqua uerborū solĕnitas esset iam sublata, nā hoc modo omni planè dubitatione res caruisset, sed quia cū iam recepta essent illa uerba, Quiduis faciā, ac fortasse etiā eiusmodi alia, nulla erat ratio cur reijcerenť hæc uerba. Quid ni? quæ nŏ tātū stipulātiū cŏsensum optimè significarent (id quod olim satis nŏ erat) sed ope interpretationis illius uerbi dabo expressam quasi effigiĕ ostĕderĕt. Cū qui interrogatus dabis? respŏdet quid ni? nihil aliud respŏdisse existimari possit, quàm cur nŏ dem? quod
21 perinde est, ac si dixisset, dabo. Quod si respŏdisset, placet, uel habebis quod postulas, uel satisfaciā tibi, te quietū reddā, uel quid aliud eiusmodi, ea uerba, licet optimè respŏdĕtis cŏsensum expressissent, nŏ sic tamĕ ui sua cŏtinuissent illud uerbū dare, quod necessariò cŏplecťunť uerba, quid ni? siue quid ni dem? Neq; enim alia de causa taceť illud uerbū, dem, nisi quod uerbis expressis satis contineť, quæ alioquin essent imperfecta; Sed uerba illa, placet, habebis quod postulas; atque id genus alia, cum per se perfecta sint, propterea non includunt uerbū dare; at illud tamen necessariò in responsione uel exprimi, uel saltem includi debuerat, quoties fuerat in interrogatione usurpatum. Hanc rationem præ oculis habuisse Vlpianum credibile est. Quæ tamen ratio non concluderet, si uerba illa solemnia, quæ olim erant in usu, ad formam stipulationis

S pertinuissent:

pertinuissent. Nam uel si negari non possit, quin huic uerbo, dabo, æquipolleant uerba quidni? tamen vulgatum est, formam non posse impleri per æquipollens. ll. su pra adductis. Verùm quia ad solemnitatem tantùm stipulationis illa uerba pertinebant, non iudicauit Vlp. eiusmodi esse hanc solemnitatem, quę uerba subintellecta, aut æquipollentia deberet excludere. Quod & alibi censuit Vlp. in materia institutionis; Seruabantur antiquitus in institutione quædam uerba solennia, quæ non nisi per 22
Constantinum longissimo interuallo post Vlpiani tempora sublata sunt, l. quoniam indignum. C. de testam. Et tamen censuit Vlp. ijs uerbis omissis, non uitiari institutionem, dummodo in eum modum locutus sit testator, ut ea uerba subintelligi possint. l. 1. ff. de hær. instit. Quod exemplum huic rei nostræ sanè maximè conuenit. Tandem superuenit Leo Imperator, qui cum animaduerteret, nulli fermè usui esse hanc uerborum obseruationem, multas uerò ex illa controuersias oriri, ita ut quotidie ea de causa consuli iurisconsultos, atque adiri Imperatores necesse esset, generali constitutione illam planè sustulit, statuens quibuscunque uerbis posse fieri stipulationem. d. l. omnes. C. eo. Optimè iam ex prædictis intelligi potest, Leonis constitutionem non aduersari uerbis Vlpiani. Quod qui crediderunt, in eo lapsi sunt, quòd putarunt rectè colligi ex §. si quis ita. fuisse Vlpiani temporibus sublatam antiquam illam uerborum obseruationem; cum tamen uerba Vlpiani non modò hoc non probent, sed apertissimè contrarium ostendant. Siquidem frustrà Vlpiano (ut & supra animaduertimus) uenisset in mentem dubitare, an ad obligationem stipulatione firmandam satis essent illa uerba quid ni? si iam uerborum solemnitas omnis fuisset sublata. Quanquerò rectissimè in hunc modum arbitror cum Iustiniano quoq; Vlpianũ conciliari posse, nec quicquam aliud quæri oportere, putarem tamen hac in re posse etiam illud rectè negari, quod nostri Doctores ut compertissimum statuunt, nimirum in §. in hac re, 23
omnia prorsus enumerari uerba, quæ antiquitus erant in usu. Itaq; non rectè inde colligi, non fuisse in usu illa uerba, quidni? quæ recipit Vlp. in d. §. si quis ita. Video enim maximè probabilem esse contrariam sententiam, ut Iustinianus ibi nonnulla tantùm exempla nobis tradere uoluerit, ac non omnia prorsus solemnia uerba complecti. Primò, quia non dicit hæc uerba fuerunt in usu, sed talia uerba, quasi uoluerit potius ostendere, cuiusmodi essent ea uerba, quàm illorum numerum præfinire. Deinde, quia compertum habemus, temporibus Iustiniani formulam illam, faciam quod uis, ualuisse ad stipulationem l. blanditus. sępius adducta. C. de fideiuss. cuius tamen formulæ nulla apud Iustinianum mentio est in d. §. in hac re. Qua de re tamen non magnopere solliciti sumus; cum uel si maximè concedamus Iustinianum ibi omnia uerba solemnia complecti uoluisse, quibus posset fieri stipulatio, alia tamen ratione demonstratum à nobis fuerit, hasce omnes Vlpiani, Leonis, & Iustiniani leges simul optimè conuenire. Iam uerò, si quibuscunq; uerbis (quemadmodum uidimus) posse fieri stipulationem & à Leone constitutum, & à Iustiniano receptum fuit, reliquum est, ut neq; illud amplius necesse sit, stipulationis uerba debitoris potius factum respicere, quàm alterius, licet ad debitorem referantur illa; dabis? dabo. facies? faciam. cum alijs omnibus quæ Iustinianus recenset. Erit ergo nihilominus legitimè contracta stipulatio, tametsi uerba creditoris factum exprimant, ut sunt illa, habebo ducem? habebis. Docet hoc Azo in summa. C. 24
de inutil. stipul. cui assentitur hîc Socinus in 7. col. nu. 17. idq; & nos uerissimũ putamus, dũmodò illud quoq; exprimatũ, à quo stipulator hãc pecuniã sit habiturus, & si qua alia sunt eiusmodi, quorũ omissio stipulationẽ incertã, aut imperfectã reddere possent.

ARGVM.

VTrum elementis literarũ ueluti A & B. aut etiã uerbis, quæ ex præcedenti conuẽtio tione nouam significationem assumpserint, rectè stipulatio concipiatur.

1 Verba legum quãtumuis generalia ad terminos habiles coangustanda sunt.
2 Licet non de literarũ elemẽtis, sed de uerbis mutatis loquatur Castrensis, tamen & de literarũ elementis idem sentit.
3 Ad duo tantùm capita redigitur hæc tota quæstio, utrum.s. elementis literarũ, uel mutatis uerbis possit fieri stipulatio.
4 Verba non natura, sed ad placitũ sunt.
5 In ultimis uoluntatibus uerborum mutatio non improbatur.
6 Non hominis, sed solius legis est fictionem inducere.
7 Anne fictio sit, quod præcedenti conuentione communis uerborum significatio mutetur.
8 Quod considerat hìc Socinus, tacitam relationẽ in stipulationibus nõ admitti, nihil ad rem pertinet.
9 Nunquid per expressam relationem possit fieri stipulatio.
10 Cõis opinionis defendẽdæ duplex ratio.
11 Quanta cum ratione ueteres iurisprudentes in laxandis uerbis stipulationũ tàm difficiles se præstiterint & nu. seq.
12 Verba in stipulationibus adhibita, quantum habeant momenti.
13 Vtrum de stipulatione uel elementis, uel uerbis mutatis concepta legum nostrarum authores unquàm cogitasse existimandi sint.
14 Quanto in errore uersentur qui putant in hac quæstione ex Vlpiani, aliorũuè iurisconsoltorum responsis pro parte affirmatiua rectè argumenta posse desumi.
15 Declaratur l. omnes. C. eo.
16 Quales conuentiones esse oporteat, ut iure ciuili generatim recipiantur.
17 Parum lex egisset in eo quod nulla alia ratione, quàm uerbis expressis consensum exprimi uoluit; si in uerborũ numerũ & elemẽta, & uerba mutata recepisset, quę signis ipsis nihilo certiora sunt.
18 Nõ signis numerorum sed integris uerbis, quotæ hæreditatis inter filios exprimendæ sunt.
19 Nullã restrictionẽ, ac ne de habilitate quidem patitur illa lex, quæ id disponat qđ ab anteriori aliqua lege fuisset dispositũ.
20 Non rectè sentiunt qui putãt id prius fuisse dispositũ à Vlpiano, quod à Leone fuit postea constitutum.

CAP. XXIII.

AT non propterea credit Accursius omnia planè uerba in stipulationibus admittẽ
da esse; Is.n. in §. sed hęc solemnia. in fine in uer. quibuscũq;. Inst. eo putat id quod
Iustinianus, dicit quibuscũq; uerbis posse fieri stipulationẽ, ita intelligẽdũ esse, dũ
modò illa uerba habilia sint. Quapropter si proferens hoc elementũ A. uoluero signifi
care promittis? tuq; respondendo B. uolueris significare promitto, non putat Accursius
eiusmodi stipulationem ullas uires esse habiturã, licet conuentũ inter nos fuerit, ut ea ele-
mẽta talem significationem haberent. Nec tàm generales Leonis, & Iustiniani dispositio-
nes debere nos mouere existimat; quãdoquidem non ignoremus uerba legũ quantũ uis
1 generalia ita semper accipiẽda esse, ne quid inhabile, vel incongruũ admittãt, l. qui autẽ §.
ult. iuncta l. sequenti. ff. de cõsti. pecu. l. ut gradatim §. sed si lege. ff. de mun. & honor. Hãc
sententiã Accursij sequunt Imola, & Alex. in l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1. Bal.
Nouellus in §. si quis ita, & Socinus hìc in 7. col. Eaq; multò magis habebit locũ si dictũ
fuerit A. mihi decẽ, et responsum B. tibi decem, ut ponit hîc Socinus Iunior nume. 195. &
207. Ac sanè ipse quoque Accursius uidetur ita intellexisse, qui cũ uelit illa elementa A.
& B. significare tãtũ promittis? promitto, nõ alius potest ipsius sensus esse, nisi ut uoluerit
alia aliqua uerba in hac stipulatione fuisse adhibita, quæ rem ipsam in stipulatum
deductam exprimerent. At his omnibus aduersatur Castrensis in l. 1. §. ult. inf.

eo. Tametsi non expressim de his elementis ipse loquitur, ita enim proponit fuisse concepta stipulationis uerba, ut unus interrogauerit, promittisnè mihi decem? 2
Et alius responderit, Rex est in Francia, putatq; hęc ultima uerba satis idoneam responsionem continere ad firmandam obligationem, dummodo præcedenti aliqua protestatione eam uim assumpserint, ut respondentis consensum perfectè exprimere possint. Sentit tamen hoc idem Castrensis etiam quantum ad hęc elementa A. B. Quandoquidem profitetur se hac in re aduersari Accursio in d. §. sed hæc solemnia. qui de solis his elementis loquitur, neque alio modo hanc quæstionem proponit. Nec porrò desunt qui hac in re Castrensi potius, quàm Accursio assentiantur. Sentit enim cum eo Aretinus inf. in l. 1. §. si quis ita, Ias. in eadem l. 1. §. ult. licet ipse ibidem paulò post in contrariam partem uideatur propendere. Hanc sententiam sequitur etiam Ripa hoc in loco nu. 9. in fin. Item Socinus iunior nu. 111. Verùm contraria sententia frequentius recepta est, ab antiquioribus præsertim, id quod etiam Aretinus, & Ias. animaduertunt in locis proximè adductis. Nos in hac quæstione statuimus non diù commorari, unde non ea hìc describemus, quæ latissimè à nostris doctoribus pro utraque parte congeruntur, Sed nonnulla paucis perstringemus, quæ non tantum in hac, sed & in alijs eiusmodi quæstionibus ad ueritatem facilius obtinendam maximo nobis (nisi fallor) adiumento esse poterunt. Quæ in hac quæstione traduntur omnia uidentur nobis commodissimè ad duo tantùm capita redigi posse. Primò enim quæri potest, utrum præcedens illa, quam diximus, protestatio, atque conuentio simplicibus elementis, aut etiam uerbis aliud 3
significantibus nouam significationem tribuere possit, an uerò huic mutationi leges aduersentur, ut pleriq; existimarunt. Deinde, utrum eiusmodi uoces post nouam hanc partam significationem possint dici uerba habilia, ita ut non alibi tantùm usui sint, sed etiam ad stipulationem, quæ non nisi uerbis perficitur, contrahendam sint idonea. Quod attinet ad primum, non uidetur mihi de eo dubitari posse, quin & illud simul in dubium reuocetur, utrum uerborum significatio natura consistat, ut & res, & conceptus, an (ut inquit Aristoteles, atq; intelligentes omnes fatentur) ab 4
hominum instituto pendeat. Quod si fateamur, ut fateri necesse est, uniuersæ alicuius prouinciæ habitatores tacita approbatione, atq; assiduo loquendi usu quasi conuenire, ac planè statuere posse, quomodo hoc, uel illud uocabulum apud ipsos omnes accipiendum sit, non uideo cur non eadem conuentio inter paucos aliquos homines admitti debeat; Vt si inter se loquendo uocem aliquam uelint secus accipere, atq; ab alijs accipi soleat, idq; anteà conuenienter præmonuerint, nō ea significatio attendi debeat, quàm ipsi speciatim ei uoci cōmuni consensu tribuerint. ar. l. quæ de tota. ff. de rei uendic. Atqui certè hoc ipsum fatetur Accurs. in l. 4. ff. de leg. 1. in ver. uocabula, dum ibi docet eiusmodi conuentionem inter testatorem, & legatarium admittendam esse, quod an 5
etiam ad stipulationem porrigendum sit, suo loco dicemus. Quapropter tota huius primi capitis defensio in diluendis obiectis posita est. Ac solùm quidem illud obiectum uidetur nonnihil obstare, quod attulit Alex. in l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1. alijq; nonnulli probarunt. Animaduertit ipse fictionis munus esse, quod inducatur elementa, siue etiam uerba significare id quod uerè non significant. Fictionum uerò eiusmodi inducendarum facultatem non subditis hominibus, sed soli legi datam esse, ut 6
probatur in l. si fortè. ff. de pecul. & docet Bar. in l. si is qui pro empt. in 1. col. ff. de vsucap.

7 de vsucap. At nos contra fictionem ibi nullam esse dicimus, ubi contra ueritatem nihil assumatur; ut ostendit fictionis diffinitio, quã idem Bar. tradit in d. l. si is qui pro emptore. Hîc verò nihil falsum assumitur, neque vlla ex parte veritati aduersatur hæc noua significatio; quandoquidem post sequutam protestationem, statim incipiunt illæ voces (quæcunque sint) proferentium sententiam verè indicare, id quod ad veram significationem inducendam satis esse, dubitari non oportet. Plus ergo difficultatis habere uidetur alterum illud propositę quæstionis caput, Vtrum scilicet hæ voces, sicuti ad animi sensa exprimenda ob præcedentẽ conuentionẽ idoneę factæ sunt, ita etiam in stipulationibus recipi debeant. Probabiliorem semper (ut mihi uidetur) sententiã affirmatiuã primo aspectu oẽs iudicabunt, pro qua illud certè mouet me plurimũ, quòd video Leonem, cùm antiquã illam tollit verborũ obseruationem, nihil aliud in stipulationibus desiderare, nisi vt illæ verbis idoneis fiant, neq; porrò vlla ex re alia æstimare vtrũ hæc verba sint idonea, nisi ex eo, quòd rectè consensum, partiũ exprimant. Proinde cum Imperator quamcũq; aliam inhabilitatẽ uoluerit excludere, reliquũ esse uidetur, vt nihil referat, vtrũ ex vno tantùm, an ex pluribus elemẽtis stipulationis uerba constent, & an in eam significationem ab omnibus, vel à paucis tantùm accipiatur. Atq; in eundem modum perpen

8 di potest quod dicit Iustin. in §. sed hæc solemnia Inst. eo. Nec quicquã obstat huic sentẽtię quod considerat hîc Socinus de tacita relatione, quam in ijs tantùm rebus dicit esse admittẽdã in quibus tacitè, ac solis signis declarari uoluntatẽ satis est, ut in legatis. l. nutu. ff. de leg. 3. id quod in stipulationibus satis nõ esse compertissimum est. Nam respõdetur nihilò magis hîc necessariam esse relationem ad præcedentem conuentionem, quàm in communibus verbis proferendis necesse sit ad primam illorum uerborum institutionẽ fieri relationem. Siquidem pręcedens illa conuentio iàm plenissimè effectum suum sortita est, simul atque hisce uocibus nouam tribuit significationem, easque ad exprimendam contrahentium uoluntatem habiles reddidit. Ita fit, ut nulla relatio sit necessaria, sed solæ istæ uoces tanquam hàbiles iam effectę considerentur. Atque ex hoc apparet,

9 multo minus etiam illud obstare, quod idem Socinus considerat, nec per expressam relationem posse fieri stipulationem: ut in illa facti specie, cùm promisi tibi decem per stipulationem, deinde subiicio; eodem modo, quo tibi decem promisi promitto etiam Titiũ seruum, quo casu affirmat, & rectè quidem, inutilem esse stipulationem arg. c. penul. extra de iureiuran. Etenim ibi verè fit relatio, ut omissæ interrogationis uitium corrigatur, cui tamen uitio nequaquam eo modo satisfactum est, sed hîc negamus ullam fieri relationem, negamus pariter quicquam hîc subesse uitii, quantum ad ordinem interrogationis, ac responsionis, cuius gratia ullo relationis, uel alio præsidio stipulationi succurrendum sit. Ita commodissimè posset hanc sententiam defendere, qui contentionis cupidior esset, quàm ueritatis. At qui ueritatem amant (quàm plerunque non tàm certis argumentis, quàm probabilibus indiciis, ac coniecturis assequimur) non debent iudicio meo recedere ab Accursii, cæterorumque frequentiori sententia qui stipu

10 lationem hoc casu inutilem esse affirmant. Quod ut uerissimum esse commodius intelligamus, duo sigillatim consideranda sunt. Primum utrum Vlp. Leo, & Iustini in iis legibus, quas passim Doct. in hac quæstione afferunt, de hac ipsa specie aliquid cogitasse, aut quid de ea sensisse existimandi sint. Deinde si demus eos non planè hoc ipsum quod quærimus, in animo unquam habuisse, quid saltem uerisimile sit eos fuisse respon suros, si hac de re fuissent aliquando interrogati, Quod attinet ad primum, puto ego intrepidè

intrepidè affirmare posse Iustinianum, aliosque omnes tùm Imperatores, tùm Iurisconsultos à propositę speciei cogitatione fuisse alienissimos. Considerandum est enim quantū momenti in uerbis stipulationum semper fuerit, quæ quidem tanti sunt, ut quāuis alioquin tanquam notæ conceptuum, ut inquit Arist., uoluntati semper inseruiant, 11
cuius exprimendæ quasi instrumentum rectè dicuntur, tamen in stipulationibus ipsa uoluntate quodammodo potiora sint, possintq; ibi obligationem inducere, ubi nec 12
consensus, nec negotium, quod geritur, ad eam rem quicquam prodessent, quod & supra tetigimus, & clarius etiam inferiùs explicabimus. Neque uerò alia sanè causa fuit, cur non omnia passim uerba in stipulationibus admitterentur, sed solemnia quędam uerba tantùm in usu essent, nisi quia uidebant ueteres illi, quanta in stipulationibus uerborum uis esset futura, & quantum ex ijs præiudicij promissoribus inferri posset, Itaque præscriptos limites egredi non audebant, ac uix longo annorum interuallo in solemnium uerborum numerum alia quædam pauca (ut uidimus) receperunt. Nam Seuerus in l. blanditus, C. de fideiuss. testatur fuisse recepta illa uerba, faciā quod uis. Vlp. itidem in §. si quis ita, putat illa esse recipienda. dabis? quidni? Tandem hac in re omnium maximè facilem se præbuit Leo, qui sua illa generali constitutione, de qua in l. omnes. C. eod. admisit quæcunque uerba, etiam si non essent solemnia, uel directa. Ex hac tota legum serie liquidò cognosci potest, nec Leonem, nec Iustinianum, 13
multoq; etiam minùs cæteros anteriores de his ipsis elementis, seu de hac cōmunium uerborum inuersione cogitasse. Nam Iustin. nihil planè aliud addere uoluit pręter id quod à Leone fuerat constitutum, cuius constitutionis sententiam refert in d. §. sed hæc solemnia. At uerò Leo in eo quod recipit uerba etiam non solemnia, & non directa, apertè ostendit de eo se nihil dubitasse, quin uerba deberent esse cōmunia, & in communi significatione accipienda essent. Alioquin enim per dictionem etiam id expressisset, de quo minus poterat dubitari, quod uerò magis dubium esse poterat omisisset; quæ res naturæ huius dictionis implicatiuæ prorsus aduersatur, iuxta no. in l. 1. C. qui admit. Huc accedit, quod legum condendarum occasio, ad earum ipsarum declarationem momenti plurimum habet, id quod nemo (ut opinor) inficiabitur. At Leoni certè constitutionis illius edendæ nulla alia occasio esse potuit, nisi quia ex antiqua illa uerborum obseruatione (ut & supra animaduertimus) multæ oriebantur controuersiæ, cùm sæpè forsan debitores eo prætextu datam fidem seruare recusarent, sicque sæpè Imperatores assiduis aditionibus inquietari contingebat, pro ut dicitur, in d. l. assiduis. C. qui pot. in pig. hab. At credendum non est in re tanti momenti, ubi leges ne uerba quidem cōmunia, atque ex cōmuni significatione uoluntatem contrahentium planè exprimentia admittebant, fuisse qui uel nuda elementa, uel inuersa uerba adhiberent, atque eiusmodi notis conceptam stipulationem ab Imperatore recipi, ac probari postularent, cùm præsertim non obscurum sit, uerborum mutationem dolis potiùs, ac fraudibus apta, quàm cōmercijs necessaria esse, ideoq; semper legibus esse suspecta, iuxta not. in l. unica. C. de mutat. nomin. Sed quod in Leone ac Iustiniano uidimus esse uerisimile, id in Vlpiano tàm clarum est, ut nullis egeat coniecturis. Quomodo enim non absurdissimum est quod existimat Castren. posse colligi ex d. l. 1. §. vlt. elementa literarum sufficere ad perficiendam stipulationem, 14
si temporibus Vlpiani ne uerba quidem communia omnia admittebantur, sed tantùm uerba directa, atque solemnia, ut ex Leonis constitutione necessariò probatur?

Nec

Nec dicatur, ut nonnulli dicunt, post protestationem hæc elementa A. & B. significare promittis? promitto; sicque uerborum solemnium naturam assumere. Nam ex ueteri obseruantia non solus illorum uerborum sensus exigebatur, quæ ut solemnia recipiebantur, sed uerba ipsa erant planè necessaria, ut rectè probatur arg §. si quis ita, & l. blanditus. C. de fideiuss. Itaque nostris (ut uidemus) contingit interdum, ut quo subtiliores ueritatis inuestigatores uideri se uolunt, eò maiores ipsi ueritati tenebras offundant: Posteaq̃ uidimus de hac specie legumlatores non cogitasse; nunc uideamus, utrum si fortè cogitassent, aut si hac de re fuissent interrogati, pro stipulatione, an contra stipulationem uerisimiliter responsuri fuissent. Ac certè cum dicant quibuscunq; uerbis posse fieri stipulationem, & nihil aliud, quàm consonantem consensum requirant ab utraque parte, uidentur etiam in eiusmodi specie stipulationem esse recepturi. Nos tamen hìc quoque contrarium existimamus, neque huic sententiæ

15 credimus obstare quod Leo in l. omnes. ad quem pariter refert se Iustin. in §. sed hæc solemnia. dixerit quibuscunque uerbis compositas stipulationes suam habere firmitatem d. l. omnes. Nam cùm dicat ipse. Etiamsi non directis, uel solemnibus uerbis, sed quibuscunque compositæ sint. apertè ostendit, non alia de causa se geminata hac dictione usum fuisse, quàm ut complecteretur uerba omnia, quæ neque directa, neque solemnia sunt. Quocircà rectè colligimus ipsius mentem fuisse, ut his duabus qualitatibus exceptis, cæteras omnes retineret. Quemadmodum ergo uerba illa solemnia, & directa, erant insuper omnibus eadem, qui eadem lingua utebantur, atque in communi significatione accipiebantur, ita credendus est fuisse responsurus Imp. talibus etiam uerbis hodie stipulationem fieri oportere, licet ea neque directa, neque solẽnia esse necesse sit, quod unũ ea lege corrigit. Ita enim semper accipit̃ dictio, sed, ut ad uerset̃ retentis qualitatibus orationis præcedentis. l. quicunq; §. si ita quis. l. qui usumfructum, ubi Bart. Alex. Aret. & alij inf. eod. Sicq; optimè hęc lex retorqueri potest contra eos, qui opinionem affirmatiuam defendunt. Mouet me prætereà illa coniectura, quòd uideo nostrarũ legũ authores eas tãtùm cõuẽtiones in modũ regulæ approbasse,

16 quas uiderũt certissimã, atq; apertissimã ab utraq; parte æquitatem cõtinere, de quibus uerò id dubium erat, ita ut generatim recipi non satis tutò potuerint, eas uideo iudicis arbitrio esse permissas, qui ex personis, & causis æstimare debet, an actio danda sit. l. ult. in fin. inf. tit. prox. Quapropter cùm clarum sit, hæc elementa, atque hosce inuersos uerborum sensus, (quibus loquendi modis sæpenumerò etiam fures, ac fraudulenti homines utuntur) suspicionem fraudis nonnullam afferre, uel saltem non semper certam, & apertam æquitatem continere, nequaquam credibile est, ipsos legum authores eo adductos iri, ut totam stipulationum obseruationem penitus relaxantes etiam stipulationes in hunc modum contractas tanq̃ legitimas amplecterentur. Neque ulla sanè id necessitas postulasset, cùm uel si maximè eiusmodi aliqua stipulatio interdum proponeretur, quę tantùm haberet ęquitatis, quantum ad actionem satis esset, idq; ex personis, & causis colligi posset, tamen semper præstò adsit remedium d. l. ult. in fin. inf. tit. prox. Animaduerto insuper de huiusmodi stipulationis uiribus nunquam dubitari, nisi cùm promissor negat se debere, ac quod promisit, seruare recusat, ita ut in iudicio rem controuerti necesse sit. At tunc creditor proculdubio non solam illorum elementorum prolationem allegabit, sed præcedentem illam conuentionem, quæ nouam hisce uocibus tribuit significationem, sicque

præcedenti

præcedenti illi conuentioni totum fermè autoritatis pondus inerit. Sed nulla est ratio, cur magis efficax esse debeat hæc conuentio, quàm cæteræ nudæ conuentiones. Poterit enim forsan promissor dicere, se tunc tantùm illas voces sic accipiendas existimasse, cùm de iocis, non autem cùm de rebus serijs ageretur, poteritq; etiam aliis multis similibus modis mentem suam interpretari, cùm illi conuentioni nihil insit, quod illum planè ligare, atque adstringere possit. Id quod dici non potest quoties communibus, ac cõsuetis uerbis stipulatio concepta est: nam tunc contra promissorem potest afferri communis loquendi usus, atque obseruatio, quæ illum planè urget, atque conuincit. Atqui 17
certè parum referret, quod legumlatores in stipulationibus omninò uerba requirerent, si tanta hęc in ipsis uerbis tùm formandis, tùm mutandis daretur licentia; namque hoc modo nihilo plus uerba, q̃ signa nobis pręstarent. Nec sanè uideo quid intersit, quod conueniamus, illa elementa A. B. significare promittis? promitto, et quod præmoneamus tunc me significaturum promittis? cum ambas manus simul iunctas ad caput extulero, te uerò, cum ad crura illas demiseris, significaturum promitto. Attamen uidemus leges ubique (ac non alia de causa, quàm erroris, & perplexitatis planè omnis uitandæ causa) usqueadeo hæc signa detestari, ut proptereà etiam in testamentis constitutum sit non signis numerorum, sed, integris uerbis, atq; literis quotas hæreditatis inter filios 18
exprimi debere, quò màgis clare, atque indubitatæ appareant, ut disertè tradit Iustin. in autent. de testam. imperf. in princ. Ex cuius uerbis eo in loco liquidò constare potest, quàm facilè fuisset ipse Iustinianus concessurus, ut simplicibus elementis, aut uerbis mutatis posset concipi stipulatio, quam uerbis communibus, non tamẽ directis, aut non solennibus fieri posse uix tandem aliquando, post longissimum annorum interuallum, receptum fuerit. Nec dicatur (id quod sæpius à contrariæ sententiæ defensoribus inculcari solet) ex eiusmodi elemẽtis, aut uerbis mutatis satis, superq; cõtrahentiũ exprimi uoluntatem, ob pręcedentem scilicet illam conuentionem, nam ex hoc solo legi nõ est satisfactum (ut rectè etiam nonnulli recentiores hìc animaduertunt) quæ non aliter, q̃ in illo ipso facto stipulandi hanc uoluntatis exigit expressionem, cum alioquin quæcunque conuentio in stipulationum numerum recipienda esset, ad quam ineundã deliberato animo partes accessisse ex præcedentibus aliquibus factis demonstrari posset. Ego hanc puto esse ueritatem, quamuis illa non nisi accuratissimè hanc rem totam cõsideranti sese penitus ostendat. Habet enim contraria sententia (ut uidimus) apparentes quasdam rationes, quæ ceruicosis hominibus longam disputandi materiam præbuerunt. Ex ijs porrò quæ diximus perspicuè intelligi potest, quàm friuola, ac planè inania sint pleraque argumenta, quę in hac quęstione adducuntur. Atque illud pręsertim, quod ego aliquando in circularibus nostris disputationibus audiui maximè extolli, ac nouissimi Senenses hìc adducunt. Putant ipsi illud idem constituere Leonem in l. omnes C. eod. quod anteà Vlpiani lege cautum erat in §. si quis ita. Quocirca dicunt esse 19
locum illi regulæ, qua traditur nullo planè modo, ac ne ad terminos quidem habiles posse conguštari legem, quæ idem statuat, quod alia aliqua lege antiqua fuerit anteà constitutum, ut no. in l. 1. §. nuuciatio. ff. de nou. ope. nunc Qua ratione concludunt in stipulationibus etiã uerba inhabilia esse recipienda. Nos uerò respondeamus falsum esse illud assumptum, ex quo tota hæc argumentatio pendet, nimirum idem decreuisse Leo 20
nem, quod à Vlpiano fuerit inductum. Namque alium Vlpiano, alium Leoni fuisse sensum, satis hìc à nobis, ac plenius etiam superiore capite fuit demonstratum.

ARG.

ARGVM.

Cur potiùs conceptio, quàm conuentio, uel consensus, tanquam genus in hac diffinitione assumatur. Et cùm multa alia sint, in quibus pariter uerborum conceptio est necessaria, cur sola obligatio, quæ oritur ex stipulatione, uerborũ obligatio appelletur.

1 Conuentio de contractibus omnibus prædicatur.
2 Stipulatio multis in locis contractus appellatur.
3 Non eiusdem generis sunt diffinitiones omnes.
4 Non bene sentit Alciatus, hoc differre uerborum conceptionem à stipulatione, quod uox differt à re.
5 Non satis est, ex definito præcognito declarari diffinitionem.
6 Quomodo genus in diffinitione exprimendum sit.
7 Non est illis assentiendum, qui putant genus stipulationis non uerborum conceptionem esse, sed conuentionem.
8 Stipulationis quæ materia, & quæ forma sit. & nu. seq.
9 Potest unum, & idem ad diuersa prædicamenta referri.
10 Vt syllogismus differt à ratione in syllogismum redacta, ita à conuentione in stipulationẽ redacta differt stipulatio.
11 L.j.§.conuentionis.ff.de pact.
12 Verum ne illud sit, ex consensu oriri naturalem obligationem, ex uerbis ciuilem.
13 Ciuilis obligati o sit ne distincta à naturali.
14 Ratio, cur obligatio stipulatione cõtracta à uerbis potius nominetur, quàm à consensu.
15 Qua in re peccent rationes à Doct. adductæ.
16 Quàm latè forma à nostris accipiatur.
17 Cum aliæ sint obligationes, quæ uerbis inducuntur, cur sola illa, quæ ex stipulatione oritur, dicatur uerborum obligatio.
18 In quibus speciebus oriatur obligatio ex uerbis, præterquàm in stipulatione.
19 An in omni iuramento uerborum solemnitas requiratur.
20 Non bene Castrensis reprehendit hodiernam practicam de iuramenti præstatione.
21 Quoties ex solis uerbis oritur obligatio, semper lex requirit, illa uerba esse solemnia.
22 Dictio dotis Iustiniani legibus reiecta.
23 Alia recẽsentur ex iure Pontificio, in quibus uerba sunt necessaria.
24 Licet testes non nisi uerbis expressis deponere debeant, tamen ex ijs uerbis non oritur obligatio.

CAP. XXIIII.

Proximè sequitur in Pomponij diffinitione uerbum CONCEPTIO, à quo pendet præcedens illa dictio, uerborum, sicq; ambo hæc simul iuncta huius diffinitionis genus constituunt, quod mox sequentibus differentijs coangustatur, ut posteà uidebimus. Sed illud hîc ante omnia aduertendum est, uideri Pomponium errore lapsum esse. Nemini est incognitum, quod & Vlp. docet in l. 1. §.
1 penul. ff. de pact. conuentionem de stipulatione quoque, ut de contractibus omnibus prædicari. Quocirca nulla uidetur esse ratio, cur non etiam in stipulationis diffinitione conuentio tanq̃ genus assumi debuerit. Fungitur genus in diffinitione uice materiæ, quemadmodum differentiæ funguntur uice formę: at stipulationis materiam esse conuentionem, atque consensum nemo non concedit. Quod si forsan nimis latum, atq; remotum genus esse conuentionem Pomponius iudicabat, cùm nõ tãtùm cõtractus nominatos, sed etiã nuda pacta cõplectatᷣ, uidetur saltẽ debuisse contra-
2 ctum uti genus proximum assumere, cùm permultis in locis stipulatio contractus appelletur,

pellerur, ut in l. non solum, & l. quæcunq; sup. tit. prox. l. si donationi. C. quod met. caus. l. præposteri. C. de testam. et facit l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. Hoc obiectum uisus est sentire Alciat. lib. 9. parerg. cap. 21. Fatetur uerò ipse uerborum conceptionem non esse genus stipulationis, sed putat eam contractui stipulationis potiùs accedere, atque hoc distare à stipulatione, quod uox à re. Quod illa exprimatur in hac diffinitione, ac uerum genus omittatur, idcircò fieri existimat, quod hęc non sit uera, ac substantialis diffinitio, quam Gręci οὐσιώδη uerùm ἐννοηματικὴν, in qua satis esse dicit, si rei notionem quandam tradat, doceatq; quo pacto quælibet res cognosci possit, ut cùm Caius lib. 2. instit. dixit, substitutio est secundi hæredis appellatio, quare sicut ibi ponitur appellatio pro effectu appellationis, ita hîc uidetur poni conceptio pro eo, quod ex conceptione ipsa inducitur. At non sic temerè ad ultimum hoc perfugium decurrere debemus, sed ita demum, si nobis compertissimum antea fuerit, hanc Pomponij diffinitionem, tanquam ueram, & substantialem diffinitionem defendi non posse, nos uerò potiùs errore labi Alciatum existimamus, qui quod uox differt à re, hoc conceptionem uerborum à stipulatione differre existimauerit, nam longè secus rem sese habere paulò inferiùs demonstrabimus. Alio modo respondet hîc Iacobus Mandellus, ac non inficiatur, quin " conuẽtio sit genus stipulationis, sed in uerbis à Pomponio expressis dicit omninò eam " contineri, quatenus de promissione mentio habetur: Vbi enim (inquit) promissio est, ibi est obligatio, ubi obligatio, ibi conuentio. l. 1. §. penul. ff. de pact. Quæ defensio (sententia mea) priore etiam multò infirmior est, cùm nemo non uideat, quàm absurdum sit, ex natura, & effectu promissionis colligi genus stipulationis, debet enim diffinitio præcognita explicare substãtiam rei definitæ: at hoc modo definitum præcognitum declararet diffinitionem. Atqui certè si ex hoc solo posset dici diffinitio constare ex genere & differentijs, quod genus per interpretationem quocunque modo ex natura definiti colligeretur, neque illud expressim poni necesse esset, nulla propemodũ esset descriptio, siue ab effectu, siue a fine, siue alia ratione tradita, quæ non uera, & substantialis diffinitio dici posset; cùm uix sit, ut cùm rem aliquam accuratè circũscripseris, non ex ea circumscriptione, ad ueri generis cognitionem peruenire aliquo modo possis. Vt ergo quid sentiam hac in re, nunc statim exponam, puto ante omnia quæri oportere, an illud salua ueritate retineri possit, quod omnes constantissimè tanq̃ indubitatum admittunt, non cõceptionem uerborum, sed conuentionem esse genus stipulationis; Ego enim nunquam temerè adducar, ut hanc Pomponij diffinitionem reprehendendam existimem, nisi priùs id rectè probatum uidero. Nam quod stipulatio habeat in se consensum, & conuentionem, ut inquit Vlp. in d. l. 1. §. penult. ex hoc non statim sequitur conuentionem tanquam genus de stipulatione prædicari: imò uerba, quibus ibi utitur Vlp. potiùs contrarium mihi uidentur ostendere, ut statim dicam. Itaque ego contrarium uerius affirmari posse arbitror, nimirum conceptionem uerborum esse materiam stipulationis, ac propterea Pomponium rectissimè hoc genus assumpsisse, cùm genus (ut dictum est) materiæ instar obtineat: Formam uerò stipulationis esse statuo ordinem interrogationis, ac responsionis, qui in hac conceptione adhibetur, ideoque non ab re Pomponium in ijs differentijs, quibus hoc genus restringit, solum hunc ordinem interrogationis, ac responsionis expressisse, cùm differentiæ non alia de causa ponantur in diffinitione, nisi ut rei definitæ, quoad eius fieri potest, nobis formam ostendant. Verùm quia prospicio durius hoc plerisq; uisum iri, ut plenius hæc res tota cognoscatur, ac planè intelligatur

intelligat, quæ stipulationis materia sit, considerare debemus, nonnulla reperiri, quæ uel si subiecto semper cum altero concurrant, tamen substantiam ab eo diuersam habent; Vnde fit, ut quæ re ipsa non separantur, animo tamen, & cogitatione separari debeant, cum alioquin non uerè, ac distinctè ipsorum essentiam intelligere possimus. Neq; id sanè
9 mirum, cùm doceat Arist. in prædicamentis, posse unam, atq; eandem rem diuersis consideratis ad diuersa prædicamenta referri, quæ tamen prędicamenta realiter inter se differre nemo non intelligit. Tradam exemplum, non quod omnium facillimum sit, nam uerè hæc res obscuritatis nonnihil habet, sed quod rei nostrę sit quammaximè accõmodatum. Proponamus nobis alicuius effectus causam aliquam, qua posita effectum illũ pariter sequi necesse sit, ueluti propiorẽ esse solẽ æstate, ideoq; magis calefacere. Huius effectus à sua causa (ita loquar) dependẽtiam redigamus ad formam sillogismi. Qui crassa Minerua totum hoc simul considerauerit, dixerit forsan illam causam esse materiam syllogismi: sed uerè nõ ita est, quia illa causa nõ est oratio. At syllogismus (ut definit Arist.) est oratio, in qua positis quibusdam aliud aliquid necessariò sequit̃, & hac sola ratione di
10 citur causa conclusionis. Quocircà multum refert, utrũ consideres syllogismum per se, an consideres illam causam in syllogismum redactam. Ita ergo credimus hîc quoq; permagni referre, utrùm consideremus conuentionem stipulatione contractam, an uerò ipsam stipulationem. Nam de conuentione in stipulationem redacta, fatemur prædicari consensum, atque ipsam conuentionem simpliciter sumptam, quæ potest & cum stipulatione fieri, & sine stipulatione. At si consideremus ipsam stipulationem, tum dicemus ipsius materiam non consensum, nec conuentionem esse, sed uerba. Nam sicut syllogismus est oratio, quanuis ad realem semper aliquam causam applicetur, sic quanuis stipulatio consensum semper habeat, & alioquin nulla sit, tamen ipsius stipulationis alia
11 est materia quàm consensus. Quod cùm uideret Vlp. in l.1.§.conuentionis.ff. de pact. de stipulatione magis, quàm de alijs obligationibus dubitauit, an contineret consensum, propter rationem quam ipse ibi affert, nimirum quia uerbis fit. Qua in re non obscurè fatetur uerba magis, quàm consensum stipulationis materiam perficere. Sentiuntq; hoc idem Modestinus in l. obligamur.§. uerbis sup. tit. prox. & Pomponius in hac diffinitione. Neque porrò hoc iurisconsultorũ tãtùm autoritate nititur, sed & rationi maximè consentaneum est. Nam cùm uiderent leges (ut & supra diximus) esse interdum, cùm neque traditio in conueniendo interueniat, neq; consensus eiusmodi, ut ad efficaciam obligationis satis sit, inuenerunt remedium stipulationis in sola uerborum obseruatione positum, quo qui utitur, efficaciter semper sibi obligat aduersarium. Quapropter adhibita stipulatione solũ illud uerborũ uinculũ attendit̃, nec spectatur amplius, ue rè ne insit consensus, aut qualis insit, cũ ex solo ordine interrogationis semper inesse præ sumatur, ac quanuis alioquin consensus ipse habilis non esset ad obligationẽ inducẽdã,
12 tamẽ propter solam uerborum solẽnitatẽ obligatio oritur. Itaq; ut non prorsus reijciendum, sic nec prorsus recipiendum est, quod dicunt Doct. ex consensu oriri naturalem obligationẽ, ex uerbis antẽ ciuilẽ. Nam cùm obligatio naturæ semper fundamentis ni-
13 tatur, ut aliàs à nobis declaratum est, ciuilis uerò non semper sit per se obligatio distincta à naturali, sed ciuilis sit etiam naturalis obligatio ob legis ciuilis approbationem, hîc dico legem obligare ob præsumptum consensum, sicq; ob pręsumptam naturalẽ obligationẽ; Et quia hæc præsumptio ex solis uerbis oritur, concludendum est, uerba primam, ac potissimam causam esse, cur lex ipsi stipulationi autoritatis suę robur impertiatur.

Itaque non debet cuiquam mirum uideri, quod Pompon. & alij iuriscósulti totum hoc, quicquid est, stipulationis remedium, (pono semper legis fomentum adesse, sine quo stipulationẽ dici nõ posse exploratissimũ est) in uerborũ conceptione, atq; ordine ponant. Et quãuis stipulatio nunquã detur, quin adsit etiã conuentio, tamen conceptio uerborũ, qua utimur in conuentione, ab ipsa conuentione differt, estq; ipsa uerborũ conceptio remediũ à lege inuentum, ut conuentionis infirmitati succurratur, quod appellamus stipulationẽ. Atque hîc præ oculis semper est habẽdũ quod de syllogismo dictum est, qui causam conclusionis semper cóplectit̃, tamen causa conclusionis, quà res, uel cóceptus est, planè differt à syllogismo, cum ipse nihil aliud sit, quàm oratio ita disposita, atque formata, ut ex ijs, quæ antea ponuntur, aliud aliquid necessariè sequi possit. Liquidò etiam ostendunt, quæ hucusque à nobis tradita sunt, frustrà excitari illã quæstionẽ à Castrensi, Alex. & alijs disputatã, cuius propterea nos decisionẽ ad hunc locum reseruauimus, cur scilicet stipulatio, siue (ut rectiùs dicam) cur obligatio stipulatione contracta à uerbis potiùs nominetur, quàm à consensu. Demonstrauimus enim conuentionẽ, atque consen- 14
sum, uel si is semper stipulationi saltẽ præsumptiuè insit, nõ tñ ipsius stipulationis substãtiã perficere, quã totã in uerborum conceptione, atque ordine (nisi modò ea uis desit, ut nusquã deest, qua stipulatio à legibus donatur) positã esse nõ dubitamus. Qua ex re
sequit̃, rationes, quas supra ex Castrensi, Alexandro, & Socino recitauimus, licèt coloris 15
nõnihil habere uideant̃, tamen in eo omnes peccare, quod ponunt consensum esse materiã, & substantiã stipulationis, atque eodẽ modo statuunt illum in stipulatione, sicut in alijs cõtractibus cõsiderari, id quod falsum esse satis iam hucusque fuit à nobis demonstratum. Verùm quia quicquid necessariũ est, ut ex aliquo actu sequat̃ iuris effectus, id so
lent Doct. dicere ad substantiã, quin uerò & ad formã illius actus pertinere: Si hoc mo 16
do substantiã, ac formã accipiamus, non negauero, quin consensus stipulationis substantiã, atque formam respiciat. Atque hoc modò non prorsus esset reprehendendus Bart. qui in l. ita stipulatus in 12. opp. inf. eod. & in l. 1. in 2. col. ver. non obstat. ff. de condict. indeb. dicit in forma deficere stipulationem, quæ in consensu deficiat. Iam uerò quoniam uidimus qua ratione obligatio, quæ oritur ex stipulatione, à uerbis potiùs nominetur, quàm à consensu uerborum obligatio appelletur, locus iste admonet nos, ut illud pariter inquiramus, cur sola ipsa appelletur uerborum obligatio. Ac probabilior
certè hæc dubitatio est, quàm superior; nam cùm pleræque aliæ sint obligationes, quæ 17
uerbis inducuntur, poterit cuipiam non immeritò dubium uideri, cur cùm generaliter inscribatur hęc Rub. de uerb. obligat. de sola stipulatione in toto hoc tit. tractetur, quasi uerò sola hæc uerborum obligatio reperiatur. Esse uerò alias uerborum obligationes præter illas, quæ stipulatione contrahuntur, apertissimis exemplis demonstrari
potest. Primò in uenditione dictum obligat, ut nemini obscurum est, atque ex eo ori- 18
tur actio uel redhibitoria, uel æstimatoria, hoc est quanto minoris. l. si quod uenditor. l. si hominem. l. sciendum. §. dictum. ff. de ędilit. edict. l. quod uenditor. ff. de dolo. Sicque ibi uerba sunt, quæ obligationem inducunt. Prætereà etiam in autoritate præstanda, nempè cùm de obligando pupillo agitur, uerba uoce expressa requiruntur, atque id causæ est, cur neque mutus, neque surdus tutores esse possint. l. 1. §. 1. ff. de tut. l. 3. ubi Accurs. ff. de aut. tutor. Nec dicat̃ in prædictis quidẽ casibus uerba interuenire, attamẽ nõ in iis, ut in stipulatione uerborũ solẽnitatẽ necessariam esse. Nam est etiam interdum, cùm requiratur verborum solemnitas, neque alio modo, quàm ex uerbis solem

nibus

nibus obligatio oriatur. Vt eccè dictio dotis non nisi uerbis solemnibus fit,ut habemus in Codice Theodosiano uarijs in locis,& præsertim in l. 3. C. de incest. nup. & in l. 2. C. de dotib. Item iusiurandum uerbis solennibus præstari debet, uidemus enim obligatio nem ex iureiurando non nisi per acceptilationem tolli posse l. & per iusiurandum. ff. de accept. quę acceptilatio necessaria non esset, si alio modo quàm uerbis fuisset obligatio inducta §. item per accept. Inst. Quib. mod. toll. obligat. Quod tamen de eo tan-
19 tum iuramento accipiendum est, de quo loquitur Vlp. in l. & per iusiurandum. ff. de accept. Neque enim reperio in omni planè iuramento uerba solemnia iure ciuili fuisse necessaria. Vnde planè falsum esse iudicio, quod hîc dicit Castren. minus iuridicam es
20 se practicam hodiernam de sola scriptura in iuramenti præstatione tangenda, absque il la uerborum expressione, atque ob id forsan, qui eo modo sine uerbis iurant à periurio excusari posse, neque enim animaduertit Castrens. de quo iuramento loquatur Iuris consultus, cùm uerborum solennitatem requirit. Sed ne discedamus ab eo, quod nobis propositum est, constanter affirmari posse puto, neque hæc, neque alia eiusmodi exẽpla quicquam obstare, quominus sola illa obligatio, quæ oritur ex stipulatione uerborum obligatio dici debeant. Ac primò de illis speciebus, in quibus, uel si uerba interueniant, nulla tamen exigitur uerborum solemnitas, nihil est quod dubitetur; siquidem hoc ubique obseruabimus, quoties uerè ex ipsis uerbis oritura est obligatio, semper le
21 gem id requirere, ut uerba solemnia sint, ubi uerò uerba solemnia non sunt necessaria, quamuis uerè illa interueniãt, uidebimus semper aliud aliquid subesse, cui potius, quàm uerbis producendæ obligationis effectus debeat assignari. Ostendit hoc nobis exemplum illud paulò ante allatum ex l. sciendum §. dictum. ff. de Ædil. Edict. Nam quod dictum in uenditione efficax sit, & actionem redhibitoriam, uel quanto minoris pro ducat, hoc non ipsis uerbis tribuendum est, sed potius negotio, quod geritur, à quo robur, atque efficaciam dictum illud assumit. Neque secus accipiendum est, quod diximus in autoritate præstanda uerba esse necessaria. Primò enim clarum est, nõ oriri obligationem ex autoritate, sed ex actu illo, super quo autoritas præstatur. Præterea uel si maximè ex autoritate oriretur, negarem tamen ad hanc rem plus ponderis habere uerba, quibus autoritas præstatur, quàm ipsius tutoris consensum, atque uoluntatem. Ita que maiorem uidentur dubitationem habere cætera exempla, in quibus uidimus non tantùm uerba requiri, sed uerborum etiam solemnitatem esse necessariam, unum de di ctione dotis, alterum de iuramento liberti. Sed considerandum est uerba solemnia, quæ in dotis dictione requiruntur, non eiusmodi esse, quæ possint semper in quacunq; materia, atque in quocunque negotiorum genere producere obligationem, ut sunt uer ba stipulationis, sed tunc tantùm, cùm de dotis promissione agitur. Quo fit, ut quod il li inest roboris, id non solis uerbis, sed aliqua ex parte etiam subiectę materiæ tribuendum sit. Non ergo potuit esse impedimento dictio dotis, quominus uerborum obliga tio absolutè dici posset, quæ oritur ex stipulatione, cùm quæ illi inest obligatio, eam
22 non simpliciter uerborum obligationem esse demonstratum sit. Ac multò etiam magis hoc hodiè affirmari poterit, post leges scilicet Iustiniani, quibus hæc ipsa dotis dictio planè reiecta est. Vnde tametsi in Codice Theodosiano de dictione dotis extant leges nonnullæ ut l. 2. de incest. nupt. l. 3. de dot. tamen in libris Iustiniani nulla prorsus de illa mentio fit. Quinimo quibus in locis dotis dictionem, aut doti dicere Iurisconsulti, atq; Imperatores scripserant, dotis promissionem, atque dotẽ promittere, compilatores po-

suer u

fuerunt. De iureiurando liberti idem affirmamus, quod de dictione dotis paulò ante diximus. Nam quæ in ipso uerba adhibentur, ea non eiusmodi sunt, quæ passim obligationem inducere ualeant, sed ita demum, cùm libertus iurat se operas præstiturum. Qua ex re fit, vt obligatio, quæ ex hac specie oritur, non solis uerbis, sed uirtuti etiam sacramenti pro parte ..buenda sit, atque idcircò non simpliciter uerborum obligatio dici posit. Alios prætereà nonnullos actus enumerant recentiores, in quibus verba sunt necessaria, ut sacramentum baptismi c. 1. extra de bapt. c. prima igitur, & c. seq, de consecr. distin. 4. c. detrahe. 1. q. 1. c. 1. de cogn. spir. in 6. Vt etiam diuinum missæ sacrificium. c. cum Marthæ. extra de celebr. miss. aliaque item nonnulla. Sed illa certè ad propositum nobis difficultatem nihil pertinent. Neque enim facere debent sacramentum baptismi, aut sacrificium missæ, atque eiusmodi alia, quo minus obligationem, quæ oritur ex stipulatione, absolutè possimus verborum obligationem appellare. Nam ut omittam hæc aliò spectare, atque in hisce libris considerari non potuisse, ideoque nec à nobis hoc tempore sacra prophanis esse commiscenda, clarum est ex prædictis actibus non oriri obligationem eiusmodi, quæ producat actionem, aut id cōtineat, quod pecunia æstimari posit. Quæ ratio etiam facit, vt neque testium depositiones vllam nobis hac in re dubitationem afferre debeant, quamuis testes (saltem vt plurimùm) non nisi ore, ac uerbis expressis deponere debeant, ut rectè probatur arg. 34 l. 3. vers. tu magis. ff. de testib. Siquidem illę licet obligationem iam inductam probent, nullam tamen ex integro obligationem inducunt. Itaque concludamus, cùm stipulatio in sola verborum conceptione consistat, eaque obligationem efficacem pariat, non quidem ratione subiectæ materię, sed in omnibus passim materijs ob verborum uim, atque pondus, maxima cum ratione inductum esse, vt sola illa obligatio, quæ ex stipulatione oritur, verborum obligatio appellaretur.

(Marginal number 33 beside the line "dici posit. Alios prætereà…".)

ARGVM.

SIT ne contractus proprium genus stipulationis, ita vt in ipsius diffinitione potius, quàm conceptio verborum debuerit assumi. Ac cùm sępe stipulatio appelletur contractus, vtrum nominatus, an verò innominatus contractus dici debeat.

1 Stipulationem non esse propriè contractum, frequentius receptum est.
2 Alia quidem ratione concedendum est stipulationem non esse propriè cōtractū, at non ob rationem à Doct. adductam.
3 Duplex contractus significatio.
4 Nunquid lex municipalis de contractu loquens stipulationem complectatur.
5 Quantum momenti in ratione sit, quoties de statuti interpretatione agitur.
6 Quomodo accipiendum sit statutū, quo prohibetur mulier contrahere sine cōsensu propinquorum.
7 Communis opinio est, stipulationem esse contractum nominatum.
8 Distinctione adhibita plenius explicatur quomodo stipulatio nominata dici posit.
9 Ad prædicamētū facti refertur stipulatio.
10 Sit ne eo nomine reprehendendus Pomponius, quòd definierit stipulationem prout est in fieri.
11 Post cōtractum perfectum nihil remanet præter obligationem.

CAP. XXV.

EST tamen adhuc, quod quantum ad huius diffinitionis genus, dubitetur. Nam vel si maximè conceptio uerborum tanquam genus de stipulatione prædicetur, negari

negari tamen non poteſt,quin hoc genus nimis latum,atque remotum ſit, cum multæ
ſint conceptiones uerborum, quæ nullum contractum,nullamq; obligationem con-
ſtituunt. Quare uidetur potius debuiſſe Pomponius contractum uti proximum hu-
iuſce diffinitionis genus apponere. Sed reſpondeo ideò illum poſuiſſe conceptionem
uerborum, quia cùm nullum erat minus remotum, genus ipſius ſtipulationis,unde ſa
tis fuit illum ipſum,quod aſſumit, ita differentijs coanguſtare, ut tota poſtmodum dif-
finitio conuerteretur cum ſuo definito. Neque uerò contractum debuit aſſumere in
hac contractus diffinitione,quoniam per genus proprium tradi debet diffinitio, at ſti-
1 pulatio non eſt propriè contractus, id quod etiam frequentius Doct.admittũt,Accurſ.
in l.omnem.ff.de iudicijs in l.1.in uerb contractus.C.de action.ab hæred. & contra hæ
red,& in l.contractus in gloſ.1.C.de fide inſtrum.Bar.in l.ſi donationis. C.de eo quod
met. cauſ.Alexan.in l.ſtipulationum alia in princ.inf.eod.& in l.1.in ult.col.ff.de pact.
ubi etiam Iaſon.in 2.col.in 5.not.nu.8.Crotus hîc, alijq; nonnulli recentiores. Verùm
ſicuti in hoc Doctoribus aſſentimur,quod ipſi quoque admittunt ſtipulationem non
eſſe propriè contractum, ita in huius rei ratione diſſentimus.Nam putant ipſi, ideò ſti-
2 pulationem non eſſe propriè contractum,quòd illa non pariat ultrò, citròque obliga-
tionem,at nos ueram huius rei cauſam eſſe arbitramur,quia ſtipulatio nullum cõtinet
συνάλλαγμα, ut plenè ſupra oſtendimus cap.6.ubi traditam à Labeone,Vlpianoq́,con-
tractus diffinitionem explicuimus. Neque uerò obſtat huic noſtræ,ut nec cõmuni ſen-
tentię, quòd ſtipulatio interdum appelletur contractus, aut inter cæteros contractus
numeretur, vt in l.3.§.idem ſcribit.ff.de pecul in l.certis.§.quoniam ff.de reb. credit.in
l.non ſolùm & l.quęcunque ſup.tit.proxi.in l.ſi donationis.C.quod met. cauſa. Nam
3 alia ſignificatione minus propria tunc ſumi contractum demonſtrauimus,nimirũ qua-
tenus uſus inualuit,vt quilibet actus,ex quo contrahitur, atque adſtringitur obligatio,
contractus appellaretur, arg.§.penul.& ult.Inſt.de obligat.Ac ſanè contrahi ſtipulatio
nem,& uerborum obligationem, ſępe dicitur,ut Inſt.eod.in princ. & Inſt. de obligat.
§.ult.& in rubr.C.de contrah.& cõmittend.ſtipul.Proptereà non puto ego negari poſ
4 ſe,quin lex municipalis de contractu loquens,ipſam quoque ſtipulationem complecta
tur, contra quàm frequentiùs ſentiunt noſtri interpretes, nempe Bart. in l. Labeo
§.contractum.ff.de uerb.ſig ubi etiam Iaſon.& Alciat.qui aduertit hanc eſſe communẽ
opinionem.Io.Imolenſ.& Alex.in l.5.in princ.inf.eod.Socinus hoc in loco,Ang. Are.
Inſt.de oblig.quæ ex q.contra. Atqui certè ubi hoc ad praxim redegerimus, uidebi-
mus(quantum ad legum municipalium interpretationem) parui referre,utrum ſtipula-
tio ſit propriè, uel impropriè contractus.Etenim cùm ratio ſemper ante omnia atten-
5 datur, quæ uel expreſſa ſit,uel unica poſsit aſsignari,atque ex ipſius rationis quaſi præ
ſcripto ſemper ſtatuta ipſa uel ampliari, uel coanguſtari debeant, ut docet Bart. in l.1.
in fin.ff. de iuſt. & iu. Iaſon. in l.1.in 2.col.in 5.notabili.ff.de pact. Alciat.in d.§ Labeo.
& probatur in l.libertum.§.Senatuſconſulti.ff.de ritu nupt. Idcircò quoties propoſito
caſui non conueniet ratio ſtatuti de contractu loquentis, nunquam is comprehende-
tur,uel ſi proprius admodum contractus initus eſſe proponatur. Quod ſi contra ra-
tio ſtatui conueniret, ſemper ad eum caſum deberet ſtatutum ipſum extendi, li-
cet de eo actu quæſtio eſſet, qui non niſi maximè impropriè contractus dici poſſet.
Primum illud docet nos Bald.in l.neque C.de contrah.empt. ex qua lege ipſe ibi col-
6 ligit ſtatutum,quo prohibetur minor,uel mulier contrahere ſine conſenſu propinquo-
rum

rum ita accipiendum esse, ut non complectatur contractus, qui ipsi mulieri, uel minori utiles tantum, & non damnosi esse possunt, inspecta nimirum ratione statuti, licet nemini obscurum sit, eos tàm propriè contractus esse, quàm qui maximè, ac Baldo hac in re adstipulatur Iason in l. qui iurasse in 1. col. in 2. not. ff. de iureiur. Cōtra etiam quod diximus propter rationem statuti de contractu loquentis illos quoque actus contineri, qui non nisi impropriè admodum contractus dici possunt, eiusdem huiusce statuti exemplo demonstratur, quod dum prohibet mulierem, uel minorem contrahere, sine consensu propinquorum, in eo contractum liberationis complectitur, & alium quemcunque siue distractum, siue quasi contractū, vt hæreditatis aditionem, dummodo inde minori, uel mulieri præiudicij aliquid inferri possit, ut rectè sentit Bar. in l. apud Iulianū. §. si pupillus. ff. ex quib. caus. in possess. eatur. Atque huc spectant multa, quæ tradit Iason in l. siue apud acta. in 2. col. C. de transact. & in l. si unus. §. pactus ne peteret nu. 25. ff. de pac. Sed cùm stipulatio (quemadmodū uidimus) possit aliquo modo dici contractus, dicetur ne contractus nominatus, an innominatus? Bart. in l. 2. in fin. ff. de condict. ob caus. Item Castrens. Alex. & Iason in l. 1. §. ult. ff de pact. ex illa lege colligunt stipulationem esse contractum nominatum, quod ipsum & cæteri frequentiori calculo recipiunt, probantq; insuper hanc sententiam eo potissimum argumento; Quia ex contractu innominato non oritur actio ante implementum l. naturalis. ff. de præscrip. uerb. l. ex placito. C. de rer. permut. Sed ex stipulatione oritur actio ante implementum, nimirum cùm illa super contractu innominato apponitur, d. l. ex placito. Non ergo contractus innominatus erit stipulatio, sed nominatus. Rectè concluderet hęc argumentatio, si expressim legibus tradita reperiretur illa propositio. Ex nullo contractu innominato oriri actionem ante implementum. Sed leges, quę ad hoc probandum allegantur, non de quocunque contractu innominato id negant, sed restrictè loquuntur, imò neque contractus innominati appellatione utuntur. Vrget me magis Vlpiani testimonium in d. l. 1. §. ult. qui dicit conuentionum plerasque in aliud nomen transire, ueluti in emptionem, in locationem, in pignus, in stipulationem, sicque inter conuentiones nominatas stipulationem quoque connumerat. Attamen non idcircò mihi prorsus arridet communis sententia. Sed puto ego hanc quęstionem ea distinctione decidendam esse, ut dicamus stipulationem esse quidem nominatam, sed non habere nomen contractus. Qui uerè contractus nominati sunt, ex ipso negotio nomē assumūt, ut depositum, commodatum, & similes, ac non propterea actionem pariunt, quia nomen per se possit actionem inducere, sed quia desumitur (ut dixi) nomen ex negotio, quod cùm nihil aliud sit, quàm συνάλλαγμα, semper obligationem efficacem, & consequenter actionem producit. Hoc modo uidetur contractus nominatos accepisse Vlp. in l. iurisgentium in princ. ff. de pact. quo loci non considerat, quomodo cōuentiones transeant in aliud nomen simpliciter, id quod facit in d. l. 1. §. conuentionis, sed considerat quomodo transeant in proprium nomen contractus, ita ut ex tali nomine contractus ob implicitum negotium rectè arguatur competere actionem, de qua initio illius legis agere instituit. Atque ob id maxima cum ratione Vlp. ibi non connumerat stipulationem, quemadmodum fecerat in d. §. conuentionis, ubi non de nomine contractus, sed de nomine simpliciter egerat. Quandoquidem stipulatio nullum certum, ac determinatum continet genus negotij. Sed cōsistit in forma uerborum, quę omnibus negotijs, omnibusq; conuentionibus, seu contractibus tàm nominatis, quàm innomina-

tis

tis accommodatur. Verùm quia ab hac ipsa forma, quæ sicut contractibus negotium, ita ipsi stipulationi robur, ac firmitatem præbet, nomen sortitur stipulatio (non secus ac contractus à negotio, à quo sumunt efficaciam, etiam nomen sortiuntur) hac de causa rectè dicitur nominata, quanuis non eum in modum quo contractus nominati dicuntur. Neque enim quia contractus nomen non habeat stipulatio, à negotio scilicet desumptum, debet idcircò nudis conuentionibus comparari, quæ non modò nullum continent συνάλλαγμα, sed neq; robur, atq; efficaciam habent, neq; aliud planè quicquam, ex quo nomen desumere potuerint. Atque hæc ita cursim quasi prætereuntes hac de re nos dixisse sat erit, quæ quia ad pleniorem stipulationis cognitionem spectabant, non prorsus omittenda fuerunt. Iam uerò ex iis, quę de genere huius diffinitionis supra diximus, liquidò constare potest, sit ne stipulatio ad prædicamentum facti, an
9 potiùs ad prædicamentum iuris referenda. Neque enim iam dubitandum est, quin stipulatio facti sit, & non iuris, cùm de illa conceptionem uerborum, tanquam genus prædicari fuerit demonstratum. Atq; hinc optimè diluitur illud obiectum, quod contra hanc diffinitionem hîc affert Iacob. Mandellus nu.150.& à multis perdurum iudicatur.
10 Animaduertit ipse Pomponium in eo quod stipulationem statuit esse conceptionem, definire ipsam, prout est in fieri (sic enim ipse inquit) momentaneo. Id uerò perabsurdum esse iudicat, cùm substantia ipsa, quam diffinitione explicari debere nemo non fatetur, non uideatur in rebus consistere eo tantùm temporis momento consideratis, dum fiunt, sed posteaquam factę sunt. Idq; ex diffinitione feudi, tutelæ, atq; obligationis demonstrare conatur. At nos negamus hanc absurditatem. Nec proposita exempla quicq̃ ad rem pertinent, cùm & feudum, & tutela, & obligatio, & alia ab ipso enumerata iuris, & non facti sint. At stipulationis substantia in facto planè tota consistit, nempè in illo actu interrogandi, ac legitimè respondendi, ex quo mox constituitur obligatio, ut docet Iulian. in l.1.§.si seruus cõmunis.in fin.ff.de stipul. seruor. At factum qui
11 dem illud interrogandi, ac respondendi, momento finitur, obligatio uerò iam constituta permanet. Idemq; & de contractibus omnibus affirmari potest. Quod ipsum nobis non obscurè insinuat Diocletia. in l. sicut initio.C.de act. & oblig. ubi initio tantùm considerat contractum, dùm constituitur obligatio, posteà uerò sentit non nisi constitutam obligationem considerari, posse. Sicut initio (inquit) libera fuit potestas habendi, uel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutæ obligationi aduersario consentiente nemo potest.

ARGVM.

PErmagni referre, quod in genere huius diffinitionis explicando conclusum est, stipulationem esse facti, & quomodo illud accipiendum sit, quod dicit Vlp. in l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pact. in stipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uersari.

1 Num fidem faciant testes, qui de stipulatione deponunt.
2 Duplici rõne intelligimus aliquid eẽ iuris.
3 Debẽt testes ea tantum testificari, quæ sensu corporeo percepetunt.
4 Non ius, sed magis factum testatur, qui deponit factam fuisse stipulationem.
5 Potest interrogari testis, quid sit stipulatio, item quid sit mutuũ, atq; eiuscemodi interrogatoria admitti debent.
6 L.5.§. conuentionales inf. eo. corruptè à nonnullis legitur.

V Variè

7 Variæ explicationes.§.pactus ne peteret.l. si unus.ff.de pact.
8 Sine iure,inanis, ac planè futilis est stipulatio.
9 Pactũ nullo robore à legibus donatũ est.
10 Quomodo replicatiõe prius pactũ elidat.
11 Franc. Connani opinio reprobatur.
12 An ita accipi possit.§. pactus ne peteret, ut de acceptilatione ibi Vlp. loquatur.
13 Verba illa,si hoc actum est, nouationi quidem,sed non acceptilationi conueniũt.
14 Opin. Gugl. de Cun. refertur,& reprobatur.
15 Quocunque modo præstitus consensus,si modo uerè adsit, semper habet æquitatem qua prioris æquitatis uinculum dissolui potest.
16 In uno,eodemq; pacto reperitur & quod naturæ,& quod legi ciuili tribui possit.
17 Pactum aliquod tolli duplici ratione intelligi potest
18 Naturalis obligatio,quæ primo pacto inerat,semper posteriore pacto tollitur, quocũq; tãdẽ modo illud conceptũ sit.
19 Quid necesse sit,ut quãtũ ad iuris effectus prior conuentio posteriore tollatur.
20 Qua ratione fiat, ut posteriori pacto cõuẽtiones nonnullæ ipso iure dissoluãtur.
21 Cõtrario pacto tollitur ipso iure pactũ nudũ,quod ad præcedẽtẽ nullum contractum refertur.
22 Quare pacto ipso iure tollatur actio iniuriarum.
23 Non semper directè priori opponitur pactum posterius, sed tantùm indirectè ipsius æquitatem dissoluit.
24 Qua de causa legi necesse fuerit certa quædam, ac legitima tollendæ obligationis remedia inuenire.
25 Pactum nudum non est legitimus modus tollendæ obligationis.
26 Pacta illa,profiteor te non teneri,atque eiusmodi alia, quæ ius uidentur continere in factum resoluuntur.
27 Confessio extra ius, ac sine causa nihil præiudicat.
28 Ratio dubitandi in §.pactus ne peteret.
29 Ratio differẽtiæ ĩter pactũ planè simplex, &id quod ad prœcedẽtẽ cõtractũ refert, cur.f.illud facilius,quàm hoc tollatur.
30 Qua ratione dixerit Vlp. in pactis factum contineri.

CAP. XXVI.

EX hoc porrò,quod stipulationẽ facti esse conclusum est,rectè colligi potest,probare dictum eius, qui factã fuisse stipulationem testetur,cùm is non super iure,sed super facto deposuisse existimandus sit. Non me latet contrariũ,& ob contrariã planè rationẽ sentire Bar. in l.1.C.de usur. & in l. sciendum inf.eod. Dicit enim de stipulatione deponẽtẽ, quòd super iure censeat deposuisse,propterea nullam fidẽ facere. Sed 1 considerãdũ est, quãtũ ad id quod quærimus in præsentia, dupliciter accipi posse quod dicimus aliquid esse iuris. Vno modo,cum ad prædicamentũ iuris quid refertur, ut hæ- 2 reditas,& obligatio. Alio modo,cùm uel si referat ad prædicamentũ facti, tamen iuris nomen habet, seu iuris autoritate munitur, ut stipulatio,mutuũ,& similia. Primo modo compertissimũ est attestantem ea, quæ sunt iuris, non probare. Neque enim fidem faceret,qui me obligatũ esse,aut alicuius hęredẽ esse testificaret,cũ ijs de rebus nõ debeat deponere, quæ in iuris intellectu consistũt, sed tãtũ illa, quæ sensu corporeo percipi pos 3 sunt,ut quod fuerit facta solutio,uel id genus alia.l.qui testamento.§.ult.ff. de testam.l. testiũ.C.de testib. At cùm secundo modo hũc terminũ sumimus,dubitari solet,ne nõ testis deponẽs super iis,quæ iuris sunt, fidẽ faciat,ut cũ uel mutuũ,uel stipulationẽ factã esse attestat. Nam si testificaret præstitisse aliquem frumentũ oleũ,uel pecuniã ea adiecta lege, ut sibi tantundem redderetur, uel unum interrogasse,& alterum respondisse, tum quidem nudum factum proferret, & id quod ipse sensibus percepisset. Verùm cùm dicit factum est mutuum, uel facta est stipulatio, uidetur non tantum factum testari, uerumetiam iuris autoritatem, quæ illi facto præstita est. Et id cau-

sæ est

ſæ eſt cur crediderit Bart. in ll. paulò ante adductis de ſtipulatione deponentem non probare. Ego tamen contrarium ſentio, idq; ſatis ex eo probari puto, quod iam demonſtrauimus, ſtipulationis uocabulo ſignificari illud factum interrogandi,& reſpondendi. Quod cum ita ſit, qui teſtatur factam fuiſſe ſtipulationem, nihil teſtari
4 exiſtimandus eſt, quod non corporis ſenſibus perceperit, quod uerò non communibus uerbis factum hoc expreſſerit, ſed iuris ciuilis uocabulo uſus ſit, hoc non tanti momenti eſt, ut propterea tota atteſtationis fides infirmari debeat, cum uerbum hoc ſtipulatio, atque eiuſmodi alia ita iam ſint uulgata, ut uel imperitiſſimo cuipiam cognita ſint. Quod ſi teſtis fortè aliquis tàm ſtolidus, atque ignauus pro-
5 poneretur, ut hæc quoque ignorare exiſtimari poſſet, putarem illum poſſe interrogari, quid ſit ſtipulatio, atque hoc interrogatorium omnino admitti debere, ut de mutuo ſenſit Bart. in l. 1. in 3. col. nu. 9. ff. ſi cert. petat. Ac ſanè uidetur mihi Bart. in hoc maximè deceptus, qui quod de mutuo concedit, id putarit de ſtipulatione negandum, quam tamen hac ipſa in re nihil à mutuo differre, ex ijs quæ diximus, perſpectiſſimum eſſe poteſt. Satis certè hactenus hæc clara & aperta ſunt: uerùm contra illud aſſumptum, ex quo prędicta fermè omnia pendent, nempe ſtipulationem eſſe facti, duæ adhuc leges obſtare creduntur, quarum utranque inter alia multa, quanuis leuiſſima obiecta huic Pomponij diffinitioni nouiſſimi quidam obii-
6 ciunt. Creditur primò obſtare, quod idem Pompon. tradit in ead. l. 5. §. conuentionales, ex uerborum obligatione oriri ſtipulationem. Neque enim rectè unquam dicetur id eſſe facti, quod ex ipſa uerborum obligatione proficiſcatur. Præterea uidentur aduerſari uerba Pauli in l. ſi unus.§ pactus ne peteret.ff. de pact. cùm dicit in ſtipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uerſari. Quod attinet ad primum obiectum, affert Iacob. Mandellus hîc nu. 131. duas reſponſiones, quæ ſi uerba Pomponij ita ſeſe haberent, ut ipſe legit, mihi certè haudquaq; ſatisfacerent. Sed nobis hac in re non eſt elaborandum, ſiquidem totam hanc perplexitatem attulit corruptus codex, in quo legebatur; ex uerborum obligatione; At pandectę Piſanæ, communesq́; itidem Codices habent; ob uerborum obligationem. Ita enim inquit Pompon. de conuentionalibus ſtipulationibus loquens. Nam & ob ipſam "
uerborum obligationem fiunt, & pendent ex negotio contracto. Quorum uer- "
borum ſenſus is eſt, ideo conuentionales ſtipulationes negotijs contrahendis adhiberi, ut negotia ipſa uerborum obligatione conſtringant. Parum etiam obſtat alterum obiectum deſumptum ex §. pactus ne peteret. Nam licet uelimus nos ſtipulationem eſſe facti, non tamen negamus, quod dicit ibi Vlp. nempè in ſtipulationibus ius contineri. At uerò, quia ad cognitionem ſtipulationum, de quibus agere nunc nobis propoſitum eſt, maximè pertinet explicatio illius differentię, quam ibi ſtatuit Vlp. inter pacta, & ſtipulationes, dum ait: in ſtipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uerſari, ne hoc quidem ipſum penitus ſilentio prætereundum eſt.
7 Nemo fermè ex noſtris eſt, qui non propriam aliquam ad hæc uerba afferat expoſitionem. Quatuor expoſitiones affert ibi Accurſ. Tres inſuper alias addit Bart. Rurſus alias Iaſ. Fortun. Garzia, cæterique recentiores ibidem. Imò non tantùm in ea lege, ſed alibi etiam uarijs in locis Doctores uariè hæc uerba interpretantur, ut Zaſius, & Corraſius in ſuis intellectibus. Petrus Loriotus in tractatu de iure. Alciat. lib. 1. parad. cap. ult. Voconius à Vocuna declar. 20. Franciſc. Duarenus in

l. in actionibus nu. 16. ff. de in litē iuran. Quas omnes expositiones sigillatim prosequerer, si in multorum referendis, ac refellendis sententijs maiorem utilitatis fructum, quàm in ueritate aliunde perquirenda positam esse iudicarem. Longè probabiliùs, quàm cæteri uidetur mihi hac in re loquutus esse Francisc. Cōnanus lib. 5. cap. 2. nu. 11. qui licet suam illam explicationem maxima saltem ex parte desumpserit ex ijs, quę docuit Bart. atque itidem Iaſ. in d. l. pactus ne peteret. ut probè intelliget, qui illorum uerba accuratè considerarit, tamen dilucidiùs ipse hoc totum explicat, multaq; falsa recidit, quę illi suis explicationibus cōmiscent. Non negat Connanus, quin stipulatio facti sit, sed ideò dicit ius in ea contineri, quia illi ius inest quoad obligationem, quod facit illud factum interrogandi, & respondendi esse stipulationem, eo enim sublato remanet inanis,& futilis stipulatio nihil præter mera uerba habens, ad nullam rē 8
quæ iuris esse possit idonea, ideò nec stipulationem quidem posse dici concedit, cuius uim,& nomen statuit in iure consistere. Quomodo autem ex hoc sequatur quod dicit ibi Vlp. stipulationem ipso iure tolli per stipulationem potiùs, quàm prius pactum per posterius, demonstrat ipse hac ratione. Quia quanuis cùm acceptum tuli, id quod stipulatus eram à te, uerum sit, me fuisse stipulatum, eaq; stipulatio quoad factum, & quo ad uerba semel emissa, maneat semper, nec reuocari possit, tamen ius (inquit) quod in ea erat, & quod faciebat esse stipulationem, sublatum est, & consequenter dicitur illicò sublata stipulatio. At pactum per se nullo iure, aut robore donatum est à legibus, sine 9
quo non possit dici pactum, sicq; remanet merum factum. Propterea igitur posterius pactum non tollit prius ipso iure, quia si pactus sum non petere, quanuis posteà paciscar petere, tamen uerum est me pepigisse ne peterem. Et sic stat utrunque pactum, neque prius per posterius ipso iure tollitur. Sed quomodo eliditur replicatione, ut in- 10
quit Vlpianus? Facit hoc autoritate iuris prætorij, neque enim posset per se elidere. Nam cùm res in disceptationem uenit, ut necesse sit ex duobus contrarijs pactis alterum infirmari, eæ sunt partes iudicis, ut posteriori robur addat, & elidat alterum. Quocircà posterius pactum, scilicet de petendo, quod non potest prius pactum funditùs tollere, saltem se interponit, & facto suo quasi cohibet illud, ut ne possit negotium facescere stipulationi. Neque enim stipulationis uires ipso iure sustulerat primum pactum, sed tantùm ope exceptionis in eum, quem diximus, modum attulerat impedimentum, quo minus stipulatio uiribus obligationis, quas tamen non perdiderat, uteretur. Quare sicut prius pactum, scilicet de non petendo, ope exceptionis obstabat stipulationi, ita posterius pactum, scilicet de petendo, ope replicationis obstat priori pacto; atque ita fit, ut eo impedimento liberata stipulatio, quod prius ipsi pactum attulerat, liberè iam munere suo defungi possit. Hæc fermè sunt, quæ hac in re Connanus tradit, quæ quanuis 11
(cùm per se illa considero) non possim non uerissima fateri, animaduerto tamen hanc expositionem Vlpiani uerbis non satis conuenire. Nam si is fuisset sensus Vlpiani, ut uellet dicere pactum esse nudum factum, nullo iure, aut robore à legibus donatum, impropriè certè, atque imperfectè admodùm id expressisset, dicens in pactis factum uersari, nam uerè etiam de stipulationibus potest hoc affirmari, in illis scilicet factū uersari. Ita etiam si cùm de stipulationibus loquitur, uoluisset significare stipulationem iuris autoritate munitā esse, ita ut obligationē efficacē producat, ineptè profectò hunc sensum ijs uerbis expressisset. In stipulationibus ius contineri; nam dicitur id potiùs in stipulatione contineri, quòd in stipulatum deducitur. Ac tantò etiā minus ea ratione

Vlpiani

Vlpiani uerbis congruit hæc expositio,quia cùm dicatur,in stipulationibus ius contineri,in pactis uerò factum uersari,illa aduersatiua demonstrat, eodem sensu accipi duo illa uerba uersari, & contineri,alioquin non rectè pactis in eo quod agitur stipulationes opponeret. Verùm & uersari,& contineri in stipulationibus multò conuenientiùs dicitur id quod fuimus stipulati, quàm iuris autoritas,quæ ipsis stipulationibus robur,atq;
12 efficaciam præbet. Præterea intelligit Connanus, Vlpianum ibi loqui de acceptilatione sed hoc esse falsum satis ostendunt illa uerba, si hoc actum est, quæ statim subijciuntur. Nimis enim alienum fuisset,acceptilationi adijcere illam conditionem,ut ita demũ tolleret præcedentem stipulationem,si hoc actum esset, siquidem in acceptilatione nihil aliud unquam agitur. Quocircà licet ab acceptilatione non planè alienum sit, quod ibi disponitur,(ut posteà dicam) non puto tamen dubitandum esse,quin ibi de nouatione
13 agatur; etenim per nouationem ita demum tollitur præcedens obligatio, si hoc actum est. Ideoque uidebimus hęc uerba solere ubique fermè usurpari, cùm de nouatione, agitur,ut in l. duo societatem. ff. pro socio. l. 2. l. si ita fuero. l. si Stichum. §. 1. & 2. l. aliam & passim ff. de nouation. Quibus rationibus adducor, ut alium putẽ fuisse sensum Vlp. quàm Connanus existimauerit. Propius uidetur (si modo reliqua cohærerent,) horũ
14 uerborum significationem attigisse Guigl. de Cun. cuius expositionem refert Bar. in d. §. pactus ne peteret col. 2. nu. 6. Existimat ipse permagni referre,sit ne factum pactum de petendo,uel non petendo,an uerò pactum resolutorium,per quod prior obligatio remittatur. Cuiusmodi est illud, libero te,uel profiteor te non teneri,de quo in l. tale pactum. ff. de pact. Primo casu dicit ipso iure non tolli priorem obligationem, quia non continet hoc pactum ius liberationis,sed in eo factum tantummodò uersatur, illud nimirum,ut petendi actus impediatur,atque ita putat procedere,quod dicit Vlp. in §. pactus ne peteret. Posteriore casu credit ipso iure tolli naturalem obligationem, quasi ius liberationis in eiusmodi pacto resolutorio contineatur, & ita accipiendum esse quod tradit Papinian. in l. Stichum. §. naturalis. ff. de solut. naturalem obligationem ipso iure tolli,ex quo uinculum,quo solo sustinebatur, cõuentionis ęquitate dissoluitur. Probat uerò hanc differentiam arg. l. si pro fundo. C. de transact. quæ tamen lex longè aliò spectat. In hac expositione illud primò mihi falsum esse uidetur,quod ipse arbitratur, ita demum pacto tolli naturalem obligationem,si illud uerbis resolutorijs (ut ipse appellat) conceptum fuerit. Neque enim natura has tàm subtiles uerborum differentias seru
15 tatur. Vnde quocunque modo pręstetur consensus,habet ille semper æquitatem, eam uerò ad prioris æquitatis uinculum dissoluendum satis esse statuit Papinian. in d. §. naturalis,cuius uerba si accuratè perpendamus,uidebimus illa nullo modo hanc tantam restrictionem admittere. Ac nobiscum hac in re sentit Bar. quãuis non rectè hoc quod sentit,probari existimet ex eadem l. si unus. §. sed si stipulatus. Secundo illud quoque falsum est,quod Guigl. credit,pacto resolutorio tolli ipso iure prius pactum. Aduersatur enim uerbis Vlp. in d. §. pactus ne peteret. qui quamuis initio illius §. loquatur de pacto de petendo,tamen postea generalem rationem reddit,ac non dicit in eiusmodi pactis, sed in pactis absolutè factum uersari;quæ consideratio (sat scio) illos omnes mouebit, qui sibi ipsis mentiri noluerint. Postremò animaduerto,hac inspecta expositione,nullam fore differentiam inter pacta,& stipulationes,cum utroque ex prædictis modis tàm stipulationes,quàm pacta fieri possint. Quare alienum fecisset Vlp. qui rationem redditurus, cur prius pactum per posterius non tollatur, hanc considerasset differentiam inter pacta,&

cta,& stipulationes,quam potius inter unum,& alterum genus pactorum considerare debuisset.Quod ne fateri cogamur,fatendum potiùs est,præcipuum aliquid habere stipulationes,quod faciat,vt in ijs potiùs,quàm in pactis ius contineri existimetur.Ego tãdem missis aliorum sententijs,plurimi referre censeo, quomodo pactũ consideremus, vt intelligantur quomodo per contrarium pactum tolli possit.Cõsiderandum est enim 16
in eodem ipso pacto reperiri & quod naturæ,& quod iuri ciuili tribuere possimus.Inest ipsi primò naturalis obligatio,quę solo æquitatis uinculo continetur. Non dubiũ est, quin hanc sibi sola natura uendicet.Videmus prætereà ex pacto dari exceptionem, ea uerò non natura consistit,sed ex iuris Prętorij liberalitate profecta est,ut aliàs nos docuimus.Cum ergo quæris,num pactum,seu quomodo pactum posteriori aliquo pacto tol 17
latur,uidendum est,solam ne naturalem obligationem spectes,an uerò exceptionem iure Prætorio introductam.Hęc enim cùm inter se diuersa sint,atq; ex diuersis fontibus profluant,non semper eodem planè modo perimuntur,ut iam propediem demonstrabimus.Quod si de naturali obligatiõe loquamur,minimè dubitari posse existimo, quin illa ex posteriori pacto, (quod modò apertum utriusq; partis contineat consensum) illico tollatur,quacunque tandem ratione pactum illud fuerit conceptum,apertiùs enim 18
hac de re loquitur,quàm ut cauillis, ac nugis uerum ipsius sensum inuertere possimus. Atqui certè quanuis non profitear te non teneri,sed promittam petere, uel non petere,id tamen semper in animo habeo,ut à priori conuentione recedam. Quoniam porrò hanc intentionem potiùs,quàm uerborum differentias,atque momenta natura animaduertit,idcirco natura æquum non est,ut prioris conuentionis aduersus te uires intendam.Vnde fit,ut prioris æquitatis uinculum,quo solo nitebatur naturalis obligatio (ut rectè dicit Papinian.) hac posteriori æquitate dissoluatur.Iam uerò si de exceptione loquamur,ac quæramus quomodo,quantum ad exceptionẽ, posteriori pacto prius tollatur,hæc quæstio penitus est à superiori sciuncta. Lex enim quæ naturali ratione adducta ex aliqua conuentione exceptionem iam concesit, uel etiam actionem (namq; 19
ipsam quoque actionem ob solam naturalem æquitatem concedi aliàs à nobis demonstratum fuit) non id sibi faciendum existimauit,ut quocũque modo dissolueretur hæc naturalis æquitas,tum statim actionem,aut exceptionem ipso iure denegaret. Verùm quod in præstanda actione,uel exceptione,idem etiam in ea tollenda,seu denegãda seruauit.In præstanda illa tutius esse existimauit,non tàm æquitatem spectare, quę plerunque obscura esse potest,quàm quibus factis,& rebus ipsa ęquitas inducatur,uel adimatur Itaque sæpe fit,ut licet naturalis æquitas planè desit,ueluti si contractus dolo initus sit, uel stipulatio sine causa facta sit,iuxta l.2.§.circa.ff.de doli excep.tamen lex,quia uidet facta illa ijs casibus interuenire, quæ solet ut plurimùm æquitas concomitari, hac sola de causa actionẽ concedit.Idipsum uerò (quicquid est) quod hanc impediat æquitatem,uult ab aduersario opponi,atque à iudice diligenter expendi.Qua ratione ex pacto nudo etiam dolo inito dabitur exceptio,quamuis replicatione doli post modò infirmari possit.Contra igitur & in actione,itemque exceptione tollenda non minus cautè,ac prouidè legum nostrarum conditores egerunt.Neque enim tàm considerarũt an sublata fuerit naturalis obligatio,quàm factum illud,& modum spectarunt, quo sublata illa fuisse proponitur.Vnde quoties uolumus intelligere,utrũ posteriore pacto prioris uires ipso iure tollantur,uidendum est,utrum posterius pactum directè illi facto aduersetur,ex quo orta erat obligatio,an uerò alia aliqua ratione obliquè, atque indire-

ctè naturalem obligationem dissoluat. Primo casu una cum obligatione naturali perit,
20 etiam actio, uel exceptio, habemusq; hac in re notissima exempla illarum omnium con
uentionũ, quę ex solo consensu pariunt actionem; In ijs enim solum pactum conuentũ
ex aduerso factum ipsam actionem tollit (ut inquit Vlp. in d. §. pactus ne peteret in 2. re
spons.) Siquidem directò sese opponit illi consensui, pręter quem nihil aliud erat, quod
obligationem pristinam, & consequenter actionem (iuxta id quod aliàs docuimus) su-
stentaret. Nec dicatur, priorem consensum esse formalem, secundum uerò materialem,
nam prędictis non aduersari hanc distinctionem, satis ex ijs constare potest, quæ ad ip-
21 sius explicationem alibi tradidimus. Itaque si priori conuentione non actio, sed exce-
ptio detur, non uidetur mihi dubitandum esse, quin tunc multò magis ipso iure, ac sine
ope replicationis ipsa exceptio tollatur. Vt si pacto mihi aliquid promiseris, competit
mihi ex hoc pacto exceptio contra te ex alio contractu agentem; sed si posteriori pacto
à priori recessum sit, nulla mihi dabitur contra te exceptio, atque idcircò nec replica-
tione ulla opus erit, continetur enim hoc pactum non in primo, sed in secundo respon-
so huius. §. ubi cùm dicat Vlp. hoc pactum eiusmodi esse, ut possit ipso iure tollere actio
nem, nulla unquam consentanea ratio afferetur, cur non multò magis exceptionem tol
22 lere possit. Facit porrò eadem hæc causa, ut pacto tollatur actio iniuriarum, uerè enim
in posterum non potest iniuria considerari, quam quis pacto declarauerit se non am-
plius ad animum reuocare arg. §. ult. Inst. de iniur. Vnde sicut initio uolenti non fit in-
iuria, ita subsequens illa rectę uoluntatis, ac beneuoli animi declaratio omnem iniuriæ
considerationem tollit, quę sola illius actionis erat fundamentum. Posteriori uerò ca-
su, nempe cùm pactum nõ directò aduersatur illi facto, ex quo potissimùm orta est obli
gatio, non patitur lex prioris conuentionis uires ipso iure perimi, id enim maximè sem-
per uidemus fuisse seruatum, ne aliter effectus obligationis tolleretur, quàm quo modo
primùm obligatio ipsa fuisset inducta arg. §. quo genere. Inst. quibus modis obli. tollit.
23 Verùm quia fieri potest, ut pactum subsequẽs, si minus directè pristino obligationis fun
damento sese opponat, at saltem indirectè ratione aliqua prioris ęquitatis uinculũ dis-
soluat, vt si conueniam de non petendo eo, quod mihi ob administratam tutelam, uel
alio modo debebas, propterea rectissimè constitutum est, posse illud opponi in modũ,
uel exceptionis, uel replicationis; ut si planum facere possit qui pactum opponit, ex eo
ipso præcedentis conuentionis æquitatem sublatam esse, tum quæ ipsius contemplatio
ne daretur actio, nullum effectum sortiatur. Iam uerò, quia permulti erant contractus,
24 quib. nullo poteramus adhibito pacto, ita penitus aduersari, ut ipso iure actio tolleretur
sicut depositum, commodatum, pignus, ac denique illi omnes, qui alio modo, quàm cõ
sensu perficiebantur, qua ex re sequebatur illud incommodum, ut qui alio modo, quã
consensu esset obligatus, nulla ratione posset etiam uolente aduersario ipso iure libera-
ri. Ne hoc sequeretur, duo remedia introducta sunt, nimirum acceptilatio, & nouatio,
qui sunt legitimi modi pristinæ obligationis tollendæ. Nam si ita uolo liberari à præce
denti obligatione, ut tamen alio modo sim obligatus, possum uti nouatione, quæ ita
demum inducitur, si hoc actum est, si uerò ita uelim à præcedenti obligatione liberari,
ut nullo planè alio liberationis uinculo sim astrictus, possum uti acceptilatione, quæ
quanuis non nisi obligationes tollat, quę uerbis contractæ sunt, tamen facit Aquiliana
stipulatio, ut acceptilationis utilitas latissimè pateat, & ad omnes omninò obligationes
extendatur, ut notissimum est. Et quia semper in acceptilatione id agitur, ut præcedens
stipu-

ſtipulatio tollatur,uerum erit ſtipulationem tolli per ſtipulationem , quoties id actum
eſt,idque tàm acceptilationis,quàm nouationis contemplatione poterit affirmari. Ve-
rumq; etiam erit in ſtipulationibus (de illis loquimur,quibus à priori obligatione rece-
ditur) ius contineri; Cõtinent enim illud,ut prioris obligationis uis,& effectus diſſol-
uatur,neque ex ea cauſa amplius debitum ſit.At in pacto nudo longè ſecus res ſeſe ha-
bet,nam niſi eiuſmodi ſit,quod obligationibus ſolo conſenſu contractis aduerſetur, ut
conſiderat Vlp.in d.§.uerſi.ſed ſi tale.non eſt legitimus modus tollendæ obligationis, 25
alioquin neque acceptilationem, neque Aquilianam ſtipulationem excogitare fuiſſet
neceſſe.Itaque quoties uolumus pacto recedere à præcedenti obligatione,quoniam in
eiuſmodi pacto non poteſt ius contineri,ut uis,& effectus ipſius obligationis tollatur,
nihil aliud nobis reſtat,niſi ut de facto ipſo conueniamus,ſcilicet de petendo, uel non
petendo,ſicq; fit,ut in eiuſmodi pactis,quæ ad tollendam præcedentem conuentionẽ
adhibentur,ſemper factum uerſetur. quod ſi talibus uerbis pactum cõcipiatur, quæ ius
potiùs,quàm factum contineant,cuiuſmodi ſunt illa,libero te,uel profiteor te non te- 26
neri,tunc magis ſenſus,& intentio,quàm uerba inſpiciuntur,ut probè explicat Accur-
ſius in l.tale pactum,ff.de pac.arg.l.iuriſgentium , §. pactorum.illo ti. de pac. & l.ſi pa-
ctum.ff.de proba.Ideoque hæc uerba reſoluuntur in factum,ac perinde accipiuntur,ac
ſi de non petendo fuiſſet conuentum,cum alioquin nihil operarẽtur. Neque enim poſ
ſunt liberationem inducere,quia pactum,ut diximus,non eſt legitimus modus tollen-
dæ obligationis.Rurſus neque ut confeſſio ualerent,quia cõfeſſio extra ius, ac ſine cau 27
ſa facta nihil præiudicat l.cùm de indebito,§.ult.ff.de probat.Cætera omnia ſatis clara,
& aperta eſſe uidentur;uerùm hìc poterat dubium ſatis probabile exoriri, atque idipſũ
eſt , quod explicat Vlp. in d. l. ſi unus , in primo reſp. Etenim non poſſe pactum nu-
dum ipſo iure tollere conuentionem ad agendum efficacem , eſt ſanè rationi maximè
conſentaneum,ut ex ijs præſertim conſtat,quæ hucuſque tradita ſunt.At uidebatur ſal 28
tem debere tollere ipſo iure aliud pactum,ut ſi pactus ne peteret,poſteà conuenit, ut
peteret,ea ratione maximè,quia non debet pactum minus roboris habere,ad tollendũ
pactum,quàm ſtipulatio ad ſtipulationem alteram tollendam;Attamen uidemus ſtipu-
lationem per alteram ſtipulationem ipſo iure tolli,nõ tantùm acceptilatione, ſed etiam
nouatione,ſi id modò agatur,nam ſi ſtipulatio tantùm de non petendo fiat, non uide-
tur eſſe actum. Cõtrarium tamen reſpondet Vlp.ea ratione,quia in pactis (loquitur de
ijs,quę ad tollendam præcedentem aliquam conuentionem adhibentur) factum uerſa
tur,petere,uel non petere,ac non de eo agitur,ut debitum non ſit,quod præcedenti cõ
uentione continetur,ſiquidẽ hoc eſſet ius continere , quod in ſtipulationibus tantùm
admittitur,nempe in acceptilationibus,& nouationibus,qui ſunt legitimi modi tollen
dæ obligationis.At,dices,ſi ſupra conceſſum eſt,pactum quod conſenſu ſolo contine- 29
batur,ſicut etiam emptio locatio,& alij contractus,qui ſolo conſenſu perficiuntur,poſ-
ſe tolli poſteriore pacto,cur non & duo pacta contraria,quæ ſequuntur poſt cõtractũ,
alio modo,quàm conſenſu celebratum (nam in his terminis Vlp.loquitur) non ſic po-
terunt ſeſe inuicem perimere? Reſpondeo hanc eſſe rationẽ , quia quando præceſſit tã
tùm pactum,uel contractus ſolo conſenſu celebratus,& altero pacto uolumus ab hac
obligatione recedere,poterimus in poſterius pactum ius deducere,hoc eſt id agere , ne
quod debitum erat,amplius debitum ſit,cum eodem tunc conſenſu tollatur prior con
uentio,quo inducta erat.Quodipſum forſan dici poterit,etiamſi de non petendo con

uentum

uentum sit, possumus (inquam) dicere his uerbis non tantùm naturalem obligationem dissolui (quemadmodum supra conclusimus) uerùm etiam actionem tolli, quasi id actũ sit, ne obligationis effectus solueretur. Siquidem huic interpretationi natura conuentionis non aduersatur. Quanquam certè hac de re non immeritò dubitari posset, sed hoc in præsentia nihil ad nos attinet. At cùm præcedit conuentio alio modo quàm consensu celebrata, necesse est omnia pacta, quę ipsius occasione fiunt, licet contraria inter se sint, semper ad factum referri. Nam primum pactum, quod ad conuentionem illam oppugnandam immediatè adhibetur, propter disformitatem non potest id[1] continere, ut ius, & debitum tollatur. Itaque necessariò erit pactum de non petendo; quod quidem pactum de non petendo licet propter æquitatem naturalem petitioni impedimento sit, tamen nullam considerabilem continebit obligationem, cùm non ad nouam obligationem inducendam, sed ad priorem si minus dissoluendam, at saltem impediendam fuerit adhibitum. Quapropter cùm nullum præcedenti pacto insit debitum uel saltem non eiusmodi, ut sequens pactum scilicet de petendo, possit uideri ad debitum illud dissoluendum fuisse adhibitum, sequitur uerissimam esse Vlp. interpretationem, qui uult etiam in sequenti pacto factum contineri. Iam uerò, cùm ob prędictam rationem stet utrunque pactum, neque prius per posterius ipso iure sublatum sit, & tamen ea contraria inter se sint, ita ut ambo simul effectum sortiri non possint, conuenienter admodum, & appositè dixit Vlp. prius per posterius elidi; nam cùm res in disceptationem uenit, ab altero alterum quasi uim patitur. Elidi uerò dicitur, quod quasi conflictu, & concursu corporum atteritur.

30

ARGVM.

IN eo quod Pompon. dixit, QVIBVS, cùm potuisset dicere, Quorum scriptura, uel alia simili loquendi formula uti, noluisse ipsum à stipulatione scripturam excludere. Atque hinc decidi quæstionem illã latè à nostris disputatam; Vtrum stipulatio inter præsentes per epistolam fieri possit.

1 Rectè nè uerborum appellatio ad scripturam referatur.
2 Leges quæ à uerbis scripturam disiungunt.
3 Maximè hæc inter se distant, quòd scriptura quid probetur, & quòd scriptura inducatur.
4 Non debet scriptura minus inter absentes, quàm inter præsentes operari.
5 Non semper tactus corporis in acquirenda possessione est necessarius.
6 Circuitus uitandi gratia unus interdum actus occultatur.
7 Si partes conuenerint, ut absq; loquela fiat stipulatio, num quicquàm prosit ea conuentio.
8 L. non figura. sup. tit. prox. non rectè contra communem sententiam inducitur.
9 Eiusdem legis accuratior explicatio, & nu me. seq.
10 Quæ sint conuentiones, in quibus non minus ualet scriptura, quàm uoces lingua figuratæ.
11 De quibus conuẽtionibus loquatur Paulus in l. non figura, & quomodo hoc necessariò demonstretur.
12 Num temporibus Pauli, & aliorum iurisconsultorum literarum obligatio exteterit.
13 Si quod scriptura aliqua continetur interroganti promittatur, ualet stipulatio.
14 Satis est posse ex cõiecturis apparere quale, & quantum illud sit, quod in stipulatum deducitur.
15 Sunt casus, in quibus maioris certitudinis gratia scriptura omninò necessaria est.
16 Permissum censetur, quod expressim prohibitum non est.

CAP. XXVII.

STipulatio est uerborum conceptio quibus &c. Quoniam minimè dubitamus, quin singula uerba in hac diffinitione summa cum ratione fuerint apposita, primis duobus iam explicatis, pergemus deinceps ad reliqua. Postq̄ dixit Pompon. stipulationem esse uerborum conceptionem, subijcit uerbum QVIBVS, ut ostendat ipsis omninò uerbis, neque alio planè modo interrogari, ac responderi debere. Itaque satis ex hoc intelligimus, ab hac diffinitione stipulationis uoluisse iurisconsultum scripturam excludere, dicit enim, quibus, non quorum scriptura. Non nego quidem, quin sicut hominem pictum sæpè hominem dicimus, 1
sic literę, quòd uerborum imaginem nobis quandam ostendant, atque eodem significandorum animi sensuum munere fungantur, possint aliquo modo uerba appellari, ueluti cùm dicimus uerba constitutionis, uerba epistolæ, ut in l. solent, in fin. ff. de offic. præsid. At cùm simpliciter uerba dicimus, ueramq́; & propriam huius uocis significationem inspicimus, de ijs solis uerbis intelligendum censemus, quæ uoce proferuntur; Idque non tantùm ea ratione, quia constet uerba à uerberatu dicta fuisse, quòd aere per linguam intra palatum uerberato promantur, (namque hoc per se solum, non ita prorsus nos moueret) sed quia iurisconsulti sæpè in eodem orationis contextu & uerborum, & scriptnræ distinctam mentionem faciunt, atque hanc ab illis disiungunt. Ecce enim Vlp. in l. 1. §. iussum.ff. 2
quod iussu. dicit nihil referre, siue uerbis, siue per epistolam pater, uel dominus iusserit. Et Caius in l. consensu.sup. tit. prox. dicit neque uerborum, neque scripturæ ullam proprietatem desiderari in ijs conuentionibus, quæ consensu fiunt. Paulus quoque in l. non figura, eod. illo tit. orationem, quam exprimunt literæ ab ipsis literis distinguit, sicut etiam Iustin. in §. ult. inst. de obligat. obligationes uerborum distinguit ab ijs obligationibus, quæ literis contrahuntur. Ex quibus omnibus legib. declaratur quisnam huius diffinitionis sensus sit. Ac multò etiam magis ijs legibus, in quibus expressim cauetur, hæc quæ Pomponius simpliciter uerba appellat, esse uoce proferenda, nec posse fieri stipulationem nisi utroque loquente, ita ut contrahentes sese inuicem exaudiant, nempè ut qui stipulatur uerba audiat promittentis, & qui promittit uerba stipulantis, ac propterea neque surdum, neque mutum posse stipulari. l. 1. in princ. & §. vlt. in l. 1. §. penult. sup. tit. prox. & in §. mutum, inst de inutil. stipulat. Hinc porrò constanter affirmamus uerissimam esse Baldi, atque Aretini sententiam, qui in l. 1. inf. eod. negant posse epistola etiam inter præsentes contrahi stipulationem, ueluti si pręsentes fortè duo uicissim sibi epistolas tradant, quarum in una interrogatio, in altera responsio contineatur. Quanuis enim scriptura probetur facta stipulatio. §. item uerborum. inst. 3
eod. idq́; non modò si de stipulatione, sed etiam si de promissione tantùm illa mentionem faciat, legitima scilicet præsumptionis suffragio accedente. l. 1. C. eod. §. si scriptum. inst. de inutil. stip. & arg. l. Publia. ff. depos. tamen aliud est scriptura probari stipulationem iam factam, aliud est scriptura stipulationem posse fieri, nam & scriptura instrumenti probatur testamentum nuncupatiuum, non tamen ea perficitur. Quæ sententia Baldi, & Aretini à cæteris quoque communi consensu recepta est: pleniusque hac de re agunt Ias. Alciat. & Ripa, & alij recentiores

tiores in d. l. 1. in princ. Sed non uidetur mihi hæc quæſtio tantum diſputationis apparatum promeruiſſe. Neque enim ulla unquam ſat firma ratio poterit afferri, cur ubi de ſcriptura agatur, cuius uſus in abſentium utilitatem inuentus eſt, utpotè præſentibus minimè neceſſarius, concedendum id fuerit præſentibus, quod ab-
4 ſentibus negatum eſſe perſpicuè uidemus. Multa quidem hac in re cōminiſcitur hîc Iacob. Mandellus nu.58. dum conat̄ oſtendere præſentibus potius, quàm abſentibus eſſe concedendū, ut hoc modo ſtipulationē contrahere poſſint. Verùm ea cū cauillis plena ſunt, tùm longè admodū petita. Nemo enim nō uidet, quàm alienū inter cætera illud
5 ſit, ut quia corporis tactus in acquirēda poſſeſſione minus interdū neceſſarius ſit. l. 1. §. ſi iuſſerim. ff. de acquir. poſſeſſ. l. pecunia. ff. de ſolut. propterea etiā uerborū ſolēnitatē in ſtipulatione omitti poſſe dicamus. Nam cùm poſſeſſio naturalis ſit, nō eā à legibus formā aſſumpſit, quæ ab ipſius acquiſitione oculorū intuitū excludat, imò uero hunc idoneū eſſe acquirendæ poſſeſſionis modū iuriſconſulti interpretant̄, nō quidē fictū (quem admodū Doct. exiſtimant) ſed uerum, ut alias à nobis demonſtratū eſt. At uerba ſtipulationis materia ſunt, qua ſublata conſiſtere ſtipulatio nullo modo poteſt. Nec minus etiā alienū eſt argumentari ab ijs legibus, in quibus uidemus uitādi circuitus gratia unū
6 aliquē actū occultari. l. licet. §. 1. ff. de iure dot. in l. 3. §. ult. ff. de donat. inter uir. & uxor. & l. ſingularia. ff. ſi cer. petat. cùm neq; ibi ex illa occultatione materia actus perimatur, quēadmodū hîc, neq; hîc uitet̄ circuitus, quēadmodū ibi; imò enim maior circuitus induceret̄, ut ipſemet Mandellus fatet̄, cū hiſce rationibus poſteà reſpondet. Quod ſi etiā
7 partes ita conueniſſe proponantur, ut abſq; loquela, ullaq; uocū emiſſione fieret ſtipulatio, ut proponit Do. Mar. inf. in l. 1. nu. 12. eandē nihilominus ſententiā retinebimus. Stultum eſt enim exiſtimare, poſſe partiū conuētione ſtipulationis ſubſtantiā mutari, quod & Bart. docet in l. de his. ff. de tranſact. & Imol. in l. quicquid adſtringendæ. inf. eod. Sic uidebimus cętera quoq; omnia argumēta leuiſſima eſſe, quæ à noſtris in hanc quęſtionē cōgeruntur. Vnū tamen eſt, quod non planè contēnendum uideat̄, deſumptū ex l. nō figura. ſup. tit. prox. quæ lex non tàm huic noſtræ, cōmuniq; omniū ſententię aduerſat̄,
8 quàm in ſe etiā perplexitatis habet nonnihil. Non figura literarū (inquit ibi Paulus) ſed « oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit non minùs ualere, quod « ſcriptura, quàm quod uocibus lingua figuratis ſignificaretur. Quibus uerbis uidetur « illa duo exæquare, quod ſcriptura obligemur, & quod uocibus lingua figuratis. Quin uerò expreſſim dicit, non minus ualere ſcripturam, quàm uerba, cum in ſcriptura non characteres, ac figura literarum, ſed oratio, quam illi characteres exprimunt, attēdatur. Quocircà uidetur hinc poſſe colligi non minus ſcriptura, quàm uocibus lingua figuratis fieri ſtipulationem, tùm quia etiam ſcriptura, ut dicit Paulus, orationem, & uerba cō tinet, tùm etiam quia facit illa tàm generalis, atque abſolutè tradita exęquatio, ut quod alibi dicitur, ſtipulationem debere uerbis fieri ad ſcripturam quoque uideatur extendi poſſe. arg. l. 1. §. lex falcidia. ff. ad legem falcid. l. Marcellus. ff. ad Trebell. & l. ſi quis ſeruo alieno perſuaſerit. C. de furt. Nos illud ante omnia ut compertiſſimum ponimus, non poſſe illius legis ſenſum eſſe, qui primo aſpectu eſſe uidetur, nempe, ut tantundem prorſus, atque abſolutè etiam quoad ſtipulationem ſcriptura præſtet, quantum uerba. Namque hoc modo non poſſemus negare, quin hęc lex penitus aduerſaretur alijs legibus ſuperius adductis, quæ loquelam, atque exauditionem requirunt ab utraque parte; unde & mutum, & ſurdum à ſtipulatione excludunt. Cùm ſæpè contingat eiuſ-

modi homines poſſe ſcribere.l.diſcretis.C.qui teſt.facere poſſunt.Et licet nõ deſint,qui ita diſputando ſibi placent, ut uel ad hoc ipſum reſpondere non dubitent, tamen quæ ab ipſis afferuntur reſponſiones,ſunt eiuſmodi, ut nobis illas confutare non ſit neceſſe. Quocirca hoc retento uideamus,num uerba Pauli ueriorem aliquam ſententiam admittant. Ego miſſis aliorum explicationibus, quæ apud ipſos autores uideri poterunt, legem illam ita omnino cenſeo intelligendam eſſe. Reuocandum in memoriam eſt, 1
quod pleniſſimè ſupra oſtendimus, conuentionum omnium illam potiſſimum diuiſionem eſſe, quam indicat nobis Vlp. in l.1.§. conuentionis.ff.de pact. nempè alias re,alias uerbis fieri, uerbis hoc eſt alio quocunque modo, quàm rei traditione. Nam cùm à rei traditione diſceſſeris, nullum aliud eſt frequentius, aut aptius declarandę uoluntatis, atque conſenſus inſtrumentum, quàm uerba. Quæ uerò uerbis fiuut,eas diximus aliam rurſus diſtinctionem admittere. Aliæ enim ſunt, quas non tantùm per ſe habere æquitatis iudicatum eſt, ut abſque alia forma à lege ipſis præſtita, ad agendum eſſent idoneæ, & hæ non aliter dicuntur legitimè contractę,neque aliter efficacem obligationem inducunt, niſi uocibus lingua figuratis contrahantur, hoc eſt niſi ſtipulationis forma adhibeatur: Eiuſmodi uerò conuentiones non ſunt nominatæ,neque in certas ullas ſpecies diſtinctæ, ac non niſi ſtipulationis ope ad agendum efficaces ſunt. Alię uerò ſunt, quas tanquam firmiores, frequentiores,ac mutuis hominum cõmercijs magis accõmodatas, 10
præcipuo quodam iure per ſe ipſas leges receperunt. Atq; in ijs placuit non ullam exigi ſolemnitatem uerborum, ſed ſolum ſpectari conſenſum quacunque ratione expreſſum, nec quicq̃ referre, utrum uocibus lingua figuratis, an ſcriptura iſte conſenſus ſignificaretur, cum non minus hoc, quàm illo modo obligaremur. Quapropter ſępè à iuriſconſultis admonemur, poſſe eiuſmodi conuentiones,in quibus ſolus conſenſus attenditur, etiam ſcriptura,ſeu per epiſtolam fieri, ut in l. 2. §. ideo. ſupra tit. prox. & in l.1.ff.mandati, in l.1. in fin.ff de contrahen.empt. Nam dum receptum eſt ſolo conſenſu illas perfici, eo ipſo nihil aliud eſt inductum , niſi ut non ſolum uerbis, ſed etiam ſcriptura fieri poſſint, quandoquidem utroque modo rectiſſimè conſenſus ſignificaretur. De his conuentionibus, loquitur Paul. in d.l. non figura (id enim neceſſario concedendum eſſe paulò poſt demonſtrabo) ac ne quis poſſet exiſtimare quatenus hoc placuerat , ut non minus quàm ſcriptura ualerent uoces lingua figuratæ (placuerat uerò hoc,ut dixi,in his tantùm conuentionibus, in quibus receptum erat, attendi conſenſum quocunque modo expreſſum.l.1.§.permutationum.cum ſimil. ff. de rer.permut.) ne quis,inquam, poſſet exiſtimare,uim obligationis in figura literarum eſſe poſitam,tollit hunc errorem Paul. aitq; non figura & characteribus literarum tunc nos obligari, ſed oratione quam exprimunt literæ, ſicq; conſenſu,& uoluntate : nam & conſenſum, & uoluntatem ſignificat oratio. Senſit ergo Paulus ad obligationem ualere quod his quaſi inſtrumentis ſignificatur,cùm dicit placuiſſe non minus ualere,quod ſcriptura,quàm quod uocibus lingua figuratis ſignificaretur. Quod uerò hiſce inſtrumẽtis ſignificatur, nihil aliud eſt, quàm conſenſus,quem ſiue literis,ſiue uerbis ſignificemus nihil refert , quantum ad eas obligationes,de quibus ibi Paul. loquitur, nam de omnibus illum non loqui dictio illa,quatenus,optimè oſtendit,quæ ui ſua continet relatiuũ,eatenus,quicquid contra Accurſius cõminiſcat. Probabilẽ eſſe hanc interpretationẽ hucuſque uidimus,atq; illi uer 11
ba mirificè conuenire, nunc uerò & penitus neceſſariã illã eſſe, hac enumeratione oſtendi poteſt. Nõ loqui ibi Paulũ de obligatione re cõtracta,ipſius uerba perſpicuè oſtendunt,

dũr,neq; hoc ullus unquã ausus est in dubium reuocare. Rursus non posse illum loqui de uerborum obligatione multis legibus supra demõstrauimus, nec sanè uerisimile est, legem quæ tanti momenti decisionem, quantum ad uerborum obligationem, contineret, sub alio potiùs, quàm sub tit. de uerb. obligationibus, fore collocatã. Postremò nec potest ita intelligi Paul. ut de literarum obligatione loquatur, quemadmodum plerique
12 sensere. Nam si de illa scripturæ, seu nominum obligatione intelligimus, quæ antiquissimis temporibus fiebat, & ante tempora Iustiniani in usu esse desijt, credibile non est de illa uoluisse Iustinianum suis legibus quicquam cauere, quę iam penitus ab usu recessisset, ut ipsemet testatur Inst. de liter. obliga. in primis uerbis. Si uerò de illa intelligimus de qua loquitur Iustin. in illo ipso tit. de liter. obliga. satis iam superiùs à nobis demonstratum est, illam nihil aliud esse, quàm mutuum præsumptum, neq; à Iurisconsultis fuisse cognitam, tanquam modum à cęteris obligandi modis distinctum; ac propterea Caium in l. 1. in princ. supra tit. prox. cui obligationum species enumerare propositum est, cæteras omnes accuratè fuisse complexum, solam uerò literarum obligationem prorsus silentio præterijsse. Restat ergo ut Paul. in l. nõ figura, de ijs obligationibus locutus sit, quæ solo consensu contrahuntur. Atque ijs porrò uidimus uerba illius legis usqueadeò conuenire, ut si eum, quem supra diximus esse Iurisconsulti sensum, uellemus nos exprimere, non aptioribus, imò nec propemodum apertioribus uerbis uti possemus. Hac lege in hunc modum explicata, ex quã alioquin uidebatur colligi posse, scriptura rectè fieri stipulationem, iam nihil planè aliud obstat, quo minus communem sententiã, & negatiuam amplectamur. Cui tamen non putarẽ locum esse, si ita stipulatio facta proponeretur, ut unus alterum his uerbis interrogasset, promittis ne mihi quod hac scriptu
13 ra continetur? & alter respondisset, promitto. Neque enim dubitarem hoc casu, quin stipulatio utilis esset, siquidem adest hic quod priori casu deerat, nimirum uerbis expressis facta interrogatio, & responsio, ita ut qui stipulatur promittentem, ac qui promittit stipulantem exaudire posit, id quod exigitur ad stipulationem; Quod uerò uerbis exprimatur, quod in stipulatum deducitur, id neq; exigit Pompon. in hac diffinitione, neq;
14 alibi à nostrarum legum autoribus cautum reperio. Quin potius si ex coniecturis aliquibus apparere posit, quale, & quantum illud sit, quod per stipulationem promissum fuit, id uolunt haberi pro expresso, ut dilertè tradit Marcellus in l. triticum. inf. eod. quam ad hoc pariter Alciat. adducit. Itaque non uideo, cur non posit id exprimi scriptura, quæ non modò stipulationem nulla ex parte incertam reddit, sed maiorem cau-
15 tionem, & certitudinem afferre solet. Qua ratione uidemus illam in multis casibus necessario requiri, quos enumerat Accurs. in l. contrahitur. ff. de pign. ac plenius glos. in c. 1. §. postquam. de censib. in 6. Hic porrò quasi interpretationis instar habet scriptura, quam interpretationem si quantum ad interrogationem, & responsionem, ubi uerborum exigitur solennitas, ueteres iurisconsulti non grauatè recipiunt, ut Vlp. in l. 1. in fin. inf. eod. multò certè magis hic illam admitterent, ubi non modò nullam requirunt uerborum expresionem, sed quod actum est, pro expresso haberi uolunt. Concludamus ergo posse hoc modo fieri stipulationem, cum neque lex, neque ratio ulla sit, quæ pos-
16 sit id uideri prohibitum, arg. l. nec non. §. quod eis. ff. ex quib. caus. maior. Legum insuper nonnullarum argumento hoc ipsum confirmant recentiores, nempe l. asse toto. ff. de hæred. inst. l. institutio. ff. de condit. instit. iuncto §. ante hæredis. Inst. de leg. & & l. proximè §. penult. ff. de his quæ in testam. del. quæ sanè leges huic sententiæ non parum suffragãtur, sed longè magis stringũt (ut mihi uidetur) quæ proximè tradita fuerũt.

ARG.

ARGVM.

NVnquid quod colligebatur ex hac dictione QVIBVS. nimirum uerbis ipsis immediatè fieri debere stipulationem, rectè à nostris coangustetur, ut locum non habeat in stipulatione ficta, & ubi utilis tantùm actio competit. Item rectè ne illi tùm fictiones, tùm actiones, utiles acceperint.

1 Quibus legibus Doctores demonstrent, ex ficta stipulatione actionem competere.
2 Verũ ne illud sit, in ficta, seu præsumpta, stipulatione uerba non adesse.
3 Quàm multas fictiones nostri comminiscantur ueteribus Iurisconsultis incognitas, unde sibimetipsis difficultates struunt.
4 Non cadit fictio super re impossibili.
5 Non habuerunt ueteres Iurisconsulti legis condendæ facultatem.
6 Papiniani, aliorumque aliquot Iurisconsultorum scripta à Theodosio. approbata.
7 Quomodo possint fictiones ab iis speciebus dignosci, in quibus quædã potius rationis similitudo consideratur.
8 In fictione facti mutatio semper est necessaria.
Fictiones translatiuæ.
10 In acquisitione rei legatæ nulla fictio interuenit.
11 Ex fictionibus, quas uel inductiuas, uel priuatiuas Doct. appellant, uix paucæ sunt, quæ uerè fictiones dici possint.
12 Non semper, aut necessariò ijs uerbis, quibus uulgò creditur, fictio importatur, licet negandum non sit, quin illa ipsa, & ad fictionem referantur.
13 Quæ causa, seu quæ occasio sit fictionis inducendæ.
14 Nunquid dispositio. l. qui in utero. ff. de stat. homi. fictionem ullam contineat.
15 Quænam in nostris legibus fictiones appellentur.
16 Tàm longè distant hęc duo inter se, actus fictus, & utilis actio, ut unum ab altero oriri non possit.
17 Vtilis actio, quare dicatur, & quare in factum
18 Quare utilis actio interdum detur, ubi est prætermissa stipulatio.

CAP. XXVIII.

AT non admittunt nostri interpretes perpetuum esse hoc pronunciatum, quod diximus colligi ex hac dictione QVIBVS, traditurq́; etiam expressim in l. 1. inf. eod. cum alijs supra adductis, nimirum uerbis ipsis omninò stipulationem fieri debere. Putant enim hoc non procedere, quantum ad fictam stipulationem, in qua uerba nulla interueniunt, & tamen ex ea nobis actio competit, atque id multarum legũ exemplis, demonstrant, nempe l. non enim aliter. in fin. cum l. sequẽti, ff. de adop. l. unic. C. de rei uxor. act. l. cùm ostendimus §. ult. ff. de fideiuss. tut. l. si finita. §. eleganter. ff. de dam. infect. quas allegat Bar. inf. in l. 1. in princ. in 1. oppos. Aliasque etiam ibidem ad hoc adducunt Ripa, Aleiat. Crotus, Galiaula, & cæteri recentiores, ut apud ipsos uideri poterit. Quoniam uerò quæ ipsi hac in re docent, nobis planè falsa esse uidentur, & cũ in hac materia stipulationem, tùm etiam in alijs multis errores maximos inducere posse, nonnulla breuiter hic duximus adnotanda, in quibus nos à cæteris dissentimus. Primùm in eo dissentimus quod Bart. multoq́; etiam expresius Socinus, Iason, & alij dicunt, non esse perpetuum illud pronunciatum toties à Iurisconsultis usurpatum, in stipulationibus uerba esse necessaria, sed ex eo restringi, quod in ficta stipulatione uerba nõ interuenire perspicuum sit. Siquidem nos negamus uspiam fingi stipulationem, quin simul fingantur uerba fuisse adhibita, idque magis rationi cõsentaneum est; Cum enim substantiam stipulationis uerba perficiant, maxima eum ratione semper negari poterit, fingi

fingi stipulationem sine uerbis, donec nobis contrarium ostendatur, imò nec Bartolũ, Socinum, aut alios puto hoc negaturos. Quod si hoc concesserint, cõcedant illud quoque necesse est, sine uerbis nunquam esse stipulationem. Inerũt ergo uerba stipulationi, sed eodem modo inerunt, quo ipsa inducta proponetur; si ficta erit stipulatio, fictè quoque ipsi uerba inerunt, si uerè stipulatio fiet, uerè etiam uerba erunt adhibenda, si nec uera, nec ficta erit stipulatio, sed ipsius tantùm legitima aliqua suberit præsumptio, eadẽ præsumptione uerba pariter continebuntur. Itaque quod generatim tot in legibus traditum est, uerbis fieri stipulationem, nulla planè ratione restringi debere existimamus. Leuem tamẽ hunc errorem esse fatemur, & qui facilè condonari posfit. At longè maioris illud momenti est, quod in hac tota disputatione ipsi cùm de fictione, tùm de utili actione ita loquuntur, ut cum ueteribus Iurisconsultis non satis conueniant. Quod attinet ad fictionem, quoniam ipsius materiã plenissimè tractauimus in l. si is qui pro emptore. ff. de usucap. ea tantùm hic dicemus, quæ ad prædictarũ legum, quas de ficta stipulatione loqui Doctores interpretãtur, explicationẽ pertinebunt. Animaduertendũ igitur est, solere nostros interpretes non tantùm hìc, sed & alibi sæpissimè quàmplurimas

3 fictiones inani opinione sibi cõfingere, quas nostrarũ legũ autores ne quidem unquam somniarunt. Etenim quoties uident in aliqua specie legem decernere, ut perinde sit, ac si hoc, uel illud factum esset, illicò fictionem induci uolunt, fingi enim illud ipsum autumant, quod similitudinis potiùs cuiusdam ratione nobis lex proponit. Qua ex re fit, ut multis semetipsos nodis inuoluant, è quibus sese postmodum nullo modo explicare queunt. Exemplis porrò clarior hæc res fiet. Seruus à pluribus uulneratus perijt, neque apparet cuius ictu perierit; Consultus hac de re Vlp. respondit omnes teneri lege Aquilia, quasi omnes occiderint; l. item Mela, §. sed si plures. ff. ad l. Aquil. Credunt nostri eius legis sensum esse, ut seruus fingatur ab omnibus occisus. Quæ res postmodũ

4 longam ipsis altercandi materiam præbet, quomodo unus, & idem possit fingi à pluribus occisus, cùm fictio nihil contineat impossibile. §. minorem inst. de adopt. ac sæpius eundem hominem mori natura impossibile sit. Sed falsum est, quod ipsi ut compertissimum statuunt, fingi seruum à pluribus occisum, quamuis omnes, qui uulnerarunt, perinde puniantur, ac si omnes occidissent. Id uerò ita esse, uideor mihi necessario argumento demonstrare posse. Video illarum legum ferè omnium ex quibus nostri has fictiones eliciunt, autores esse Iurisconsultos. At certè hæc fingendi facultas solis legumlatoribus, ac nemini præterea data est, l. si fortè, ff. de peculio; itaque non potuerunt Iurisconsulti eiusmodi fictiones inducere. Stultũ est. n. existimare (id quod Bar. & alij existimãt in

5 l. Gallus. in princ. ff. de lib. & posthum. ubi latiùs hac de re aliquando diximus) habuisse antiquos Iurisconsultos legis condendæ facultatem; Cùm minimè obscurum sit, eos tãquam nudos interpretes inter se altercari consueuisse, ac modò huius, modò illius præualuisse sententiam, prout uel hæc, uel illa magis recipiebatur, tanquam rationi, ac legibus magis cõsentanea, ut in l. 3. §. Neratius. ff. de lib. & posth. & in d. l. Gallus. §. ille casus. in fin. cum multis simil. ff. de lib. & posthu. Id quod profectò non fuisset necessarium, si sententiæ Iurisconsultorium illicò uim legis obtinuissent. Nec sanè leue ad hanc rem argumentum est, quod uidemus Prętorem, cùm negat se pacta seruaturum, quæ legibus aduersentur, accuratè legum species enumerasse, de responsis tamen prudentum mẽtionem nullam habuisse. l. iurisgentiũ. §. Prætor ait. ff. de pactis. Ita uerò demum pro le-

6 gibus, prudentum responsa seruabantur, si imperiali autoritate erant approbata, ut Pa-

piniani,

piniani, Pauli, Cai, Vlpiani, atque Modestini scripta approbauit Theodosius in suo Codice l.1. de responsis prudent. At hoc certè frustra fecisset, si per se etiam alioquin prædictorum Iurisconsultorum commentaria legis autoritatem fuissent habitura. Hæc pauca placuit hìc annectere, ut intelligeremus leges Iurisconsultorum non ita accipiendas esse, ut quoties in proposita aliqua facti specie idem respondent, ac si hoc, uel illud factum esset, uel perinde seruari uolunt, ac si illud factum esset, uel denique factum esse aliquid uideri autumant, his, atque alijs eiusmodi uerbis uoluerint fictionem inducere, Imo nec prius à lege inductam semper significare, sed in eo sæpissimè quandam rationis similitudinem considerasse. Veluti cum Papin. in l. ex testamento. ff. de testam. tutel. respondet eum, qui in testamento patris pupillo se tutorem scripsit, patris uoluntate accedente hoc ipsum manu sua declarantis, excusationem amittere, posteà huius rei rationem afferens. Quoniam uidetur (inquit) promisisse. Ego nihil minus eum cogitasse puto, quàm ut fictam stipulationem significaret, ut malè nostri interpretantur, ac præsertim Ripa inf. in l.1. nu. 24. Sed uoluit proculdubio Iurisc. ijs uerbis ostendere, esse hanc speciem illi persimilem, cùm tutor se tutelam administraturum promisit, atque eãdem hìc, quæ ibi rationem subesse, cum nihilo magis assentiat, qui promittit, quàm qui testamento se tutorem subscribit. Qua ratione id quod in promissione iuris erat, potuit ipse uel ut nudus interpres ad hanc quoque speciem extendere. Verùm quia negari non potest, quin sæpè etiam de fictionibus iurisconsulti loquantur, uidẽdum est, quo pacto eas quæ uerè fictiones sunt, possimus ab alijs speciebus dignoscere, in quibus diximus quandã 7
potius rationis similitudinem ipsos considerasse. Nos fictionem esse putamus, cùm facti ueritas ita mutatur, atque ita falsum pro uero assumitur, ut ex hac mutatione diuersa iuris dispositio sequatur, quod certè non nisi legis autoritate fieri potest; A qua diffi- 8
nitione nec Bart. cæteriq; interpretes abhorrẽt, in l. si is qui pro emptore. ff. de usuc. quãuis postmodum in applicatione nobiscum non consentiant. Nam cùm duo facta eandem rationem habent, ac proptereà idem quod in uno fuerat dispositum, in altero respondetur, (quod & nudi interpretes facere possunt) sæpè nostri Doct. unum pro altero assumi, sicq; mutationem fieri putant, ut optimè ostendũt exempla superius à nobis adducta, in quibus ipsi subesse fictionem arbitrantur. In fictionibus illis quæ dicuntur 9
translatiuæ (ut de ijs primò loquamur) nos uerè hanc mutationem fieri concedimus, ideoq; uerè, ac propriè eas fictiones esse. Ecce enim si post liberos ex muliere soluta susceptos cum ipsa contraxero matrimonium, inspectã primi facti ueritate filij deberent esse illegitimi, sed quia lex facti ueritatem immutat, & matrimonium, quod filiorum natiuitatem subsequutum est, perinde habet, ac si precessisset, ex hac mutatione illicò sequitur filios legitimos uideri l. cum quis. C. de natur. liber. §. ult. Inst. de nupt. Hìc uidemus non eandem in utraque specie rationem inesse, cùm scilicet subsequutum est matrimonium filiorum natiuitatem, & cùm illam præcessit, ita ut absque ope fictionis possimus in utraque idem respondere. Quare legis autoritate opus fuit, quæ facti mutationem induceret, ac pro uno alterum factum assumeret. Idem uidemus in postliminio, & in fictione legis Corneliæ. Refert enim plurimùm, utrum in ciuitate quis anteacto tempore fuerit, an apud hostes. Item fueritne mortuus prima hora captiuitatis, an posteà; quare non potuisset idem utroque casu responderi, nisi lex mutasset factum, ac pro uero falsum assumpsisset. Proptereà meritò istæ fictiones appellantur, ut in l.1. C. de capt. in §. si ab hostibus. Inst. quibus mo. ius patr. pot. soluit. Ac breuiter idem reperiemus in ijs

speciebus

speciebus omnibus, in quibus censetur factum retrò fuisse, quod postea factum fuit, uidemus enim eas eiusmodi esse, ut sine hac legis mutatione idem utroque casu respond er debuerit. Est porrò interdum, cum lex in aliquem ius transferat, dummodo ipse intra certum tempus uoluntatem suam declaret, non tamen referat utrum citius, an seriùs hæc declaratio adhibeatur, cum sequuta intra illud tempus quandocunque animi declaratione, semper animo intelligamus illud ius uel initio ad eum pertinuisse, ut de acqui
10 sitione rei legatæ tradit Iulian. in l. si tibi homo §. cum seruus ff. de leg. 1. Hanc quoque
17 Doct. fictionem translatiuam esse dicũt, quod ego nunquam concessero, cùm nullam facti mutationem uideam interuenire, neque enim necesse est fingi retrofactam agnitionem, quæ posteà facta fuit; quia non illud erat ipsi tempus præstitutũ, ut illo potius, quã hoc tẽpore agnosci legatum oportuerit. Nec dicatur si minus factum, at saltẽ ius mutari, ac fingi dominium fuisse legatarij, quod uerè non fuit, nam neque hìc ius mutatur, neque unquam reperiemus ex solius iuris mutatione fictionem induci. Sed cùm lex ius, & dominium legati tribuat legatario, dummodò non repudiet, ante animi sui declarationem nobis incerta res est, cùm primum uerò declarauit, se uelle repudiare, iam percipimus, penitusq; animo intelligimus, statim post aditam hæreditatẽ (ut uerior est opinio) rei legatæ dominium legatarij fuisse, quæ res, cùm iuris sit, nullius fictionis adminiculo eget. Verùm apud nostros Doct. nõ tantum ualuit hæc ratio, (quæ certe unumquemq; maximè mouere debuerat) quantũ illud, quod sibi in animũ ipsi induxerant, atq; ubiq; obstinatè retinent, eo uerbo, intelligitur, quo Põpo. utitur in d. §. cũ seruus, itẽ alijs omnibus similibus uerbis fictionẽ significari. Hæc hactenus de ijs fictionibus, quas transla-
11 tiuas appellant. Quod attinet ad alias, quæ uel inductiuæ, uel priuatiuæ appellantur, puto inter eas oẽs uix paucas reperiri, quæ uerè fictiones dici possint. Nam si accuratè illas consideremus, uidebimus in ijs pro uero nihil falsum assumi, sed potius duo facta ob rationis similitudinẽ ita comparari, ut perinde in uno respondeatur, quasi alterũ interuenisset, ut in d. l. Itẽ Mela. §. si plures. ff. ad l. Aquil. in l. ex sententia. ff. de testam. tut. uel perinde ac si hoc, uel illud factum esset, ut in l. eũ qui. §. 1. ff. de iniu. §. interdum inst. de rerũ diuis. §. item uobis, inst. per quas pers. nob. acquir. l. 3. §. item sciendũ ff. si cui plus quã per l Falc. l. si deferentem. ff. quib. mod. pig. uel hypoth. soluit. qua in re non tã legis au-
12 toritas, quã accurata prudentis interpretatio exigitur. Nõ nego tamẽ, quin possint eiusmodi uerba usurpari ẽt cùm de fictione agitur, ut cùm dicimus, lege Cornelia testamẽta eorũ, qui in hostiũ potestate decesserunt, perinde cõfirmari, ac si in hostiũ potestatẽ non peruenissent. l. lege Corn. ff. de testa. uel cũ dicimus reuersio ab hostib. eodẽ bello quo captus erat, perinde omnia restitui iura, ac si captus ab hostib. non esset, sed satis nobis est, neq; ex hac neq; ex alijs eiusmodi dictionibus fictionẽ argui posse, quanuis & hanc & alias posse ad fictionẽ referri nõ inficiemur. Hæc igitur de fictionibus tã inductiuis, quã priuatiuis est nostra sentẽtia, ut fictiones eiusmodi tã multas, quas nostri passim enumerãt, nõ uerè fictiones esse existimemus. Sunt tamẽ species nõnullæ, in quibus fictiones esse, uel inductiuas, uel priuatiuas nõ grauatè cõcesserimus, cũ in ijs factorũ mutationes fieri nonnullas, ac pro uero falsum assumi uideamus. Toties uerò hoc fieri animaduertimus, quoties dispositio nõ unũ aliquẽ, sed plures effectus cõplectitur, qui planè oẽs ab
13 uno facto pẽdeãt. Nã si uelit ibi lex hosce effectus oẽs ĩducere, ubi factũ illud nõ fuerit, ne sigillatim de singulis decernere necesse sit, satius erit fingere factũ fuisse, quod uerè factũ nõ fuit, atq; ex hac una falsi pro uero assumptione effectus illi oẽs protinus subsequentur.

Etenim sic uidemus ex ea facti mutatione, quod qui in utero sunt, ubi de illorum commodo agitur, intelligantur esse in rerum natura, alia multa proficisci, quæ connumerat " Iulian. in l. penul ff. de sta. homin. Qui in utero (inquit) sunt, in toto penè iure ciuili, in " rerum natura esse intelliguntur. Nam & legitimæ hæreditates his restituuntur, et si mu-" lier prægnans ab hostibus capta fuerit, id quod natū erit postliminium habet; Item pa-" tris, uel matris conditionem sequitur. Prætetea si ancilla prægnans subrepta fuerit, quā-" uis apud bonæ fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tanquam furtiuū usu nō capitur. His consequens est, ut libertus quoque, quandiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt, qui patronos habent. Alia etiam nonnulla facta sunt, ex quorum mutatione multi simul effectus uel inducuntur, uel tolluntur, ita ut mutatio illa possit uel inductiua, uel priuatiua fictio appellari: ut quod uiuere existimetur, qui in bello mortuus est, l. bello. ff. de excus. tut. & §. sed si in bello Inst. eod. tit. de excus. tut. contraque mortuus censeatur, qui monasterium ingressus est l. Deo nobis. C. de epis. & cler. Has facilius admisero posse dici fictiones, in quibus ex facti unius mutatione complures effectus generatim oriuntur. Id quod nunquam cōcessero, quoties lex de certa re aliqua loquetur, ac certū aliquē effectū inducet, etiamsi perinde id statuat, ac si aliud aliquid factum fuisset, seu uideri aliud factum esse dicar, idq; ob rationem satis iā superius à nobis explicatam. Veruntamen & de illis, quas proximè cōmemorauimus, etiā si plures simul effectus ex cōplectātur, maxima cū ratione dubitari posse existimo, an uerè fictiones dici possint. Nam quod legitima hæreditas restituatur illi, qui in utero est, quodq; alia itidem tribuantur, quæ numerantur in l. cum in utero. ff. de sta. homi. nullis hoc legibus contrarium erat. Sicut illud rationi, & legibus prorsus aduersabatur, fuisse aliquem dominum, uel habuisse filios in potestate, qui eo ipso tēpore seruus hostium extitisset. Quo circa uerè hîc factum mutari oportuit, & uerū pro falso assumi, nempe fuisse in ciuitate, qui fuerit apud hostes. At non eandem cernimus fuisse necessitatem, cur debuerit fingi natus, qui in utero est. Huc accedit, quod quę Iulian. recēset in d. l. utero, ea se dicit ex iure ciuili collegisse. Vnde intelligitur, nō esse illos effectus, qui ex fictione ulla proueniāt, sed credibile est prudentes (ex quorum sententijs ius ciuile constitui non ignoramus l. 2. §. his legibus, ff. de orig. iur.) ita fuisse interpretatos, ratione scilicet, & naturali æquitate adductos, ut quæ filijs iam natis lex concederent, ea filijs nondum natis denegare noluisset. Quod ipsum & in alijs omnibus tùm inductiuarum, tùm priuatiuarum (ut uulgò appellant) exemplis animaduerti poterit. Nam neque in l. Deo nobis. C. de episc. & cler. neque in l. bello ff. de excus. tut. neque alijs ullis similibus legibus uideo ueritatē illarū ipsarū legū dispositioni ita aduersantem, ut eam fictione tolli oportuerit. Quapropter non ab re forsan factum est, ut nostrarum autores eas potissimum, quæ uulgo translatiuę dicuntur, fictiones appellauerint, l. 1. C. de capt. & postlim. reuers. & §. item si ab hostibus. inst. quib. mod. ius patr. pot. soluit. Hoc ultimum diximus probabiliter posse defendi, sed facit Iustin. constitutio in l. unic. C. de rei ux. act. de qua posteà dicemus, ut saltem non prorsus generatim id affirmari possit. Iam uerò (ut ad utiles actiones ueniamus, de quibus secundo loco dicere proposuimus) sicut negamus uerè illas omnes fictiones esse, quas nostri interpretes arbitrantur, multo etiam minus illud admittimus, quod putant fictam stipulationem, aliumue fictum actum esse posse, ex quo utilis actio detur. Imò enim maximè hæc inter se distant; Siquidem fictionem sola lex inducit, at utilis actio in Iurisconsultorum interpretatione

14 (margin, beside "ci possint. Nam quod legitima hæreditas…")

15 (margin, beside "item si ab hostibus…")

16 (margin, beside "nus illud admittimus…")

posita

posita est, illi enim utilem actionem dandam esse respondent, cum ex ęquo, & bono leges interpretantur, ac speciem aliquam fuisse prętermissam animaduertunt, in qua fieri exactionem ęquum sit. Nam cum exploratissimum sit, potuisse olim iudicem ex causis, & personis æstimare, an actio danda esset l. ult. supra tit. prox. propterea in re dubia consulebantur prudentes, qui non ullam quidē fictionē inducebant (neque enim id poterāt ut dictum est,) sed æquitatis ponderibus eam facti speciem examinabant, indeq; æstimabant, an contra strictam iuris rationem dare actionem oporteret. Idq; etiam uidentur sentire Bar. & alij in l. si me, & Titium. ff. si cert. peta. cum dicunt non dari actionē da-
17 tiuam, nisi suadente æquitate. Habet hæc actio, quæ in hunc modum decernitur duo attributa, nam & utilis est, & in factum datur, ut docet Paul. inter alios in l. inter socerum. §. conuenit. ff. de pact. dot. Licet (inquit) directa actio nulla competat, utilis tamen in factum danda est. In factum dicitur, quia facto illi, seu negotio inest æquitas, cuius ratione actio datur. Dicitur utilis, quia eiusmodi actioni tunc locus est, cùm utilitas exigit, ut à stricta recedatur uerborū interpretatione, & quod legi deest, ex æquo, & bono suppleatur. Ita que Paulus in l. ut tantum. ff. de seru. corrupt. quod utilis actio competat de filio filiaue corruptis, nullam aliam rationem affert, nisi quia interest nostra liberorū nostrorum animum non corrumpi, sicq; utilitatem solam attendit. Multoq; etiam expressius docet hoc Pompon. in l. quia actionum. ff. de pręscrip. uerb. quæ certè lex nullū hac de re dubitandi locum relinquit. Quia actionum (inquit) non plenus numerus est, ideò plerunq; actiones in factum desiderātur. Sed & eas actiones, quæ legibus proditæ sunt, si lex iusta, ac necessaria sit, supplet prætor ī eo quod legi deest. Quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ, idq; utilitas eius exigit. Hoc porrò, quod diximus, sicut alijs in omnibus, ita etiam in ijs speciebus sæpissimè cōtingit, in quibus solet stipulatio adhiberi, ut si illa fortè fuerit prætermissa, æquitas tamē
18 suadeat, atque utilitas exigat actionem dari. Quocirca utilem actionem dandam Iurisconsulti respondent, aut perinde aliquem teneri, ac si stipulatio fuisset interposita. Atq; ita omnino illas leges accipiendas esse censeo, quas nostri Doctores de ficta stipulatione loqui interpretantur, cum tamen nec Iurisconsulti illarum ferè omnium legū autores fingere potuerint, neq; id facere fuerit necesse; Siquidem alia ratione ubi usus exigebat opportunū remedium potuerint afferre, ut clarè à nobis iam demonstratum est, ac multò etiā clarius propediem intelligemus, dum sigillatim eas leges persequemur.

ARGVM.

QVæ generatim hucusq;, atq; in uniuersum tradita sunt, propius nunc explicantur, singulas eas leges percurrendo, in quibus nostri aut fictè aut certè sine uerbis induci stipulationem arbitrantur.

1 Quare in l. unic. C. de rei ux. act. fingatur stipulatio.
2 An Iustinianus in d. l. unic. de præsumptione quicquam cogitauerit.
3 Fictioni affinis, & proxima est præsumptio iuris, & de iure.
4 L. cum de in rem uerso. ff. de usuris.
5 Ne dicamus Bart. à se ipso dissidere, cogimur fateri, cum fictionis uocabulo abusum esse.
6 Cur in l. nō aliter ī fi. cū l. seq. ff. de adop. cōpetat actio utilis tantū, & nō directa.
7 Liberam personam esse tabellionē oportere Arcadius constituit.
8 Cur ante Arcadium tabellionis munus seruis potissimum demandaretur.

CAP. XXIX.

QVanquam ex ijs, quæ superiori capite docuimus, ueram illarum legum omnium explicationem elicere possimus, in quibus sine uerbis induci stipulationem doctores arbitrantur, satius tamen esse duximus, eas ipsas sigillatim percurrere, ita enim facilius intelligemus uerissima illa esse, quæ à nobis hucusque tradita sunt. Atque ut summatim omnia complectamur, generatim concludimus, ex illis omnibus legibus, quas ad hoc ipsum nostri interpretes latisimè congesserunt, unam tantùm esse, in qua uerè possumus affirmare, fictam stipulationem adesse. Alteram in qua ob temporis diuturnitatem stipulatio præsumitur. In reliquis uerò omnibus de utili actione loqui Iurisconsultos, quam cum fictione nihil prorsus commune habere, iam demonstrauimus. Fictam stipulationem habemus in sola l. unica. C. de rei uxo. act. Conuenitque hoc maximè ijs, quæ supra diximus, fictionem à Iurisconsultis non posse induci, à legislatoribus posse, atque id tum maximè fieri, cum non unum aliquid, sed plura cogitat Legislator statuere, quę omnia ab uno aliquo facto pendeant, tunc enim commodissimum esse, ne singula ea persequi, atque accuratè statuere necesse sit, factum illud fictione inducere, uel mutare, ex quo illa omnia protinus proficiscantur. At huius legis autor, non Iurisconsultus aliquis est, sed Imp. Iustinianus, ille uerò ibi habuit in animo generatim, atque in uniuersum statuere, ut quę ipse ex rei uxoriæ actione transtulerat ad actionē ex stipulatu pro dote cōpetentem, haberent locum, etiamsi stipulatio non fuisset interposita. Quocirca nihil rectiùs facere potuit, quàm ut fingeret stipulationem, quæ omissa fuisset, re ipsa intelligi subsequutam. Postquam ergo Iustini. ius quod rei uxorię actioni inerat, tribuit actioni ex stipulatu, ita subijcit. Rei u- 1
„ xoriæ itaque actione sublata, sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi,
„ siue scripta fuerit stipulatio, siue non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsequuta. Ecce vult dotes per ex stipulatu actionem exigi, etiam ubi stipulatio omissa est. Quocirca consentaneum fuit fingere stipulationem, ex qua eiuscemodi actio proficisceretur. Quod si satis habuisset eo nomine agi posse, nec uoluisset omnino dari actionem ex stipulatu, cui iam rei uxoriæ actionis robur omne donauerat, certè eo potuisset esse contentus, quod à Theodosio fuerat iam antea constitutum in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. Itaque non dubito quin fictio illa potius sit, quam præsumptio, quicquid dixerit Ripa in f. in l. 1. nu. 14. Quanuis enim quoties dubitatur, utrum fuerit, uel nō fuerit adhibita stipulatio, posit esse locus pręsumptioni, tamen nihil necesse est præsumptionem illam attendere, cum utroque modo uoluerit Iustinianus eosdem effectus esse. 2
Quod uerò hac in re ipse utatur uerbo, præsumatur, nempe in §. accedit ead. lege, non alia ratio afferri potest, nisi quia non longè à fictione abest illa legis præsumptio (iuris & de iure præsumptione nostri uocant, ut Barto. in l. siue posideus. C. de probatio.) quæ contrarij probationem nullam admittit. Qua ex re fit, ut una pro al- 3

tera non absurdè usurpetur. Est tamen (ut diximus) cum uerè præsumitur stipulatio, potestq; illa præsumptio contraria probatione tolli. Cuius rei unum tantùm exemplum habemus in l. cùm de in rem uerso.ff. de usur. Neque enim sanè alia causa
4 esse potest, quòd & Antoninus,& Seuerus (ut ipse Papinianus refert) usuras longo tem pore præstitas in posterum etiam soluendas iudicauerint, nisi quia ex temporis illius cur su obligatio usurarum præsumitur contracta, ac consequenter stipulatio creditur fuisse adhibita.arg.l.1.C.de usur. Sicq; illam legem intelligit etiam ibi Bart.in 3.col. in quadam sua distinctione, ac post illum Castrensis in l. si certis annis nu.2.C. de pact. Itéq; recentiores fere omnes in l.1. inf.eod. nempè Lancellotus, Deci.Galiaula,Crotus,Ripa, Socinus Iunior, & alij qui omnes sentiunt illam legem ita esse accipiendam, ut ibi non de fictione, sed de præsumptione agatur. Ac quanuis contrarium uideatur sentire Bar. in l.1. huius tit. dum inter alias species, in quibus fingi stipulationem arbitratur, illam
5 quoque legem enumerat: tamen credidero ego potius hoc fictionis uocabulo eum hic abusum esse, quàm uoluisse ab eo dissentire, quod ipse alibi non dubitanter affirmauerat. Itaque non concessero frequentiùs receptum esse,ut ibi de fictione agatur,quemad modum sentit Socinus Iunior nu.22. ea ratione, quod tacitè cum sententia Bartoli anti
6 quiores pertranseant,cum nec Bart. ipse hanc sententiam amplexus sit. Citant nostri prætereà.l.non aliter in fin.iuncta.l.sequent.ff.de adopt. ubi si omissa fuerit satisdatio, quam in arrogatione præstari lex præcipit utilem actionem in arrogatorem dari Vlp. ait. Ex ficta stipulatione utilis hæc actio proficisci vulgo creditur; sed pleriq; deinde mirantur, cur utilis actio competat, ac non potius directa, ut in l. unica.C.de rei uxor. action. Atque hæc res maximè illos perturbat. Sunt qui respondeant, idcircò ibi directæ actioni non esse locum, quia non de pupilli, cui us intererat, stipulatione agitur, sed
7 tabellionis §.cum autem. inst. de adopt. qui cum libera persona esse debeat.l. generali. C.de tabul. non poterit alteri directam actionem acquirere. At in hoc (nisi fallor) error est apertissimus. Siquidem licet posteà Arcadius Imp. actuariorum munus seruis quibuscunque interdixerit.d.l.generali.C.de tabul. tamen Marcelli, & Vlpiani temporibus (sunt enim ipsi harum legum autores, de quarum explicatione agitur) quorum posterior Vlp. longisſimorum annorum interuallo Arcadum antecesſit, serui non mo-
8 dò ab hoc munere non excludebantur, sed id potisſimum ipsis ea de causa demandabatur, quia sæpe eueniebat, ut pro absentibus, aut pupillis, aut Reipub. nomine aliquid stipulari oporteret, quod pro dominis posse seruos facere compertum habemus, toto tit. ff. & inst. de stipul. seruor. Propterea dicit Vlp. in l.2. ff. rem pupil. sal. fore. Si pupillus absens sit, aut fieri non possit, seruum eius stipulari, quod si seruum nō habeat, neque sit,unde ematur,aut non expedita emptio sit,seruum publicum stipulari oportere. In hac porrò ipsa, de qua nunc agimus, satisdatione, seruum publicum stipu lari solitum fuisse, testis est Marcellus in l.non aliter.eod.tit.de adopt. Quanq̃ Iustinia. dum eadem Marcelli uerba propè descripsit in §. cum autem. inst. de adopt. (quia ab Arcadij constitutione noluit recedere) non de seruo publico, sed de persona publica, ac tabellione locutus est, atque id unum ex Marcelli sententia immutauit. Itaque hac responsione sublata, uidetur adhuc propositæ dubitationi locus esse posse,de qua tamē responsione quid ego sentiam,ex ijs intelligetur, quæ inf. dicturus sum. Veruntamen hæc dubitatio nihili facienda est; Etenim recepta illa, quam superiori cap. ostendimus
9 esse non tantum huius legis, sed & aliarum eiusmodi omnium ueram interpretationem,

ut dicamus

ut dicamus nullam ibi esse fictam stipulationem, sed ideò dari utilem actionem, quia
æquitatis, atque utilitatis ratio exigebat, ut agnatis, ac propinquis arrogati (quanuis
contra strictam iuris rationem) succurreretur, ne indebitè damnum paterentur. Recepta
(inquam) hac interpretatione nihil erit, quod dubitetur, cur utilis potiùs detur,
quàm directa, cùm imò utilis omninò concedi debuerit. arg. l. ut tantum. ff. de seruo
corrupto. l. quia actionum. ff. de præscrip. uerb. directa uerò nullo modo potuerit com
petere; cùm nullam fictionem lex induxerit, Vlp. uerò ne inducere quidem potuerit.
Vnde interpretatur ipse tantùm illius satisdationis solemnitatem, de qua in l. non aliter
cod. tit. Ac tantò etiam absurdius ibi est hoc ipsum de fictione cōmentum, quia non
tantùm stipulationem eo casu fingi oportuisset, sed etiam fideiussorem, cùm satisdatio
semper cum fideiussore accipiatur. l. 1. ff. qui satisd. cogant. l. sancimus. C. de uerb. signifi.
at id tamen absurdum est. l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. in fin. inf. eod. Ex hoc
mihi tàm clarum, tàmq; apertum fieri uidetur, cur ibi non directa, sed utilis actio competat,
ut alias quærere rationes non modò alienum, sed planè stultum sit. Attamen illud
per se mihi satis placet, quod Galiaula, & Ripa hìc tradunt, nimirum directam actionem,
neque etiam ex satisdatione ipsa seu uerè, seu fictè seruo publico præstita, sed tantùm
utilem pupillo competere, arg. l. 1. §. exigere. ff. de mag. conuen. l. 4. ff. rem pupilli
sal. fo. ea fortasse ratione, quia non tantundem protsus nobis seruum publicum in stipulando,
quantum proprium præstare par fuit. Sed hoc non spectauit Vlp. in d. l. his
uerbis, qui longè alia de causa utilem actionem dari uoluit, ut ex prædictis liquidò apparet.
Ex quibus etiam probè intelligetur inania esse, quæ recentiores hìc cōminiscuntur, 10
dum in huius legis explicatione miserè insudant. Sunt qui tentent dicere, ibi non
satisdationem fingi, sed tantùm cautionem, ut Soc. Iun. nu. 21. sicq; non esse opus fideiussoris
personam fictione suppleri. Quæ tamen intelligentia satis seipsam commendat,
ut & ipse posteà animaduertisse uidetur. Dicunt etiam posse defendi, quod docuit
ibi Albericus post Iacobum de Aretio, nimirum esse illam utilem actionem, non quidē
ex satisdatione, sed ex testamento, arg. l. causa cognita. ff. de uulgar. & pupil. Verùm
hoc quoque & à Vlpiani mente, & ab aliorum etiam iurisconsultorum regulis alienissimum
est, quia hìc non uitio testamenti succurritur, sed potiùs satisdatio omissa supple
tur. Quotìes uerò contra strictam iuris rationem utilis actio datur, illa semper eius actio 11
nis sibi nomen, & naturam assumit, quæ ex actu, qui suppletur, oriri potuisset, ut docet
Vlp. in l. 3. §. item sciendum. ff. si cui plus quàm per l. falcid. ac multò etiam expressius in
„ l. quanuis. §. penult. ff. ad S. C. Trebell. ubi ita inquit. Si cum essem tecum contra-
„ cturus, mulier interuenit, ut cum ipsa potiùs contrahā, uidetur intercessisse, quo casu da
„ tur in te actio, quæ instituit magis, quàm restituit obligationem, ut perinde obligeris eo
„ dem genere obligationis, quo mulier obligata est, verbi gratia si per stipulationem mu
„ lier, tu quasi ex stipulatu conueniaris. Arguta multis uidetur Alexandri Socini senten 12
tia, quam refert ipsius pater Mar. inf. in l. 1. nu. 21. vers. uel etiam. Putat ipse uerba Marcelli
in d. l. his uerbis, ita accipi debere, ut uelit Marc. ex uera stipulatione actionem
oriri. Quandoquidem non uidetur ibi negari, quin cautio fuerit adhibita, licet dicatur
fuisse omissam satisdationem; sed non uideo, quæ ratio, aut quæ nos urgeat necessitas,
ut eam legem tantopere coangustemus, ac diuinemus, tunc non putasse Marcellum hæ
redibus pupilli succurrendum esse, item nec legatarijs, aut seruis, quibus libertas relicta
fuerit, cum cautio prætermissa est. Quasi uerò desint leges in quibus respondetur actio 13
nem

nem dandam esse, etiam cùm cautio prorsus non est adhibita, dummodo id æquitas ex poscat. Habemus hoc in l. 3. §. item sciendum.ff. si cui plus quam per l. falcid. Item « sciendum est, fiscum hanc actionem non pati, sed perinde conueniri posse, ac si cauisset. « Idem habemus in l. hoc amplius, in princ. in uers. denique.ff. de dam. infect. quo loci Vlpia. Iuliani sententiam refert in hæc uerba. Deniq; si quis propter angustias tem « poris, aut quia Reip. causa aberat, non potuit damni infecti stipulari, non iniquè præ- « torem curaturum, ut dominus uitiosarum ædium aut damnum resarciat, aut ædibus « careat. Sententiam Iuliani utilitas comprobat. Idem deniq; habemus in l. si finita. §. eleganter.ff. de damn. infect. quam legem inter cæteras allegat in l.1. in princ. inf. eo. Eleganter quæritur (inquit ibi Vlp.) si dum prætor de danda stipulatione deliberat, « damnum contigerit, an farciri possit? Et missio quidem cessabit, Prætor tamen decer- « nere debet, quicquid damni contigerit, ut de eo quoque caueatur, aut si putat, quod « utiliter actionem daturus sit, decernat. Ex hac lege, ut etiam ex alijs omnibus, quæ « in tota hac disputatione adducuntur, hoc totum, quod nos supra docuimus, optimè confirmatur. Siquidem existimat Iulian. etiam omissa cautione à prætore utilem actionem dari oportere, si id modò putauerit utilitatis rationem exigere. At dicebat præfatus doctor præcipuam esse rationem in d. l. his uerbis. cur fateamur ibi cautionem non fuisse omissam, nimirum quia ipsa cautio ad formam arrogationis pertinebat; cùm dicat idem Marcellus in l. præcedenti, non aliter uoluntati eius subscribendum esse, qui uoluerit arrogare pupillum, quàm si cauerit seruo publico &c. Quod ipsum tamen facili negotio diluitur. Nam uel si Marcellus utatur uerbo illo generali, cauere, tamen uerè arrogator cogebatur cauere per satisdationem l. nec ei. in fin. illo tit. Atqui etiam in l. his uerbis. de satisdatione mentio fit, cum satisdationis uerba ibi perpendantur, sicq; non simplex cautio, sed satisdatio exigebatur, & tamen concedit Marcellus potuisse omitti satisdationem, dum considerat, quomodo illa omissa legitimis hæredibus pupilli, aut alijs quorum interest, succurrendum sit. Nec sanè nisi ineptè dubitari potest, quin uoluerit generatim illud remedium conuenire etiam quando cautio sine fideiussore præstita est, cùm alioquin hoc non bene tacuisset. Verùm
14 Marcellus id profectò cogitauit, quamuis possit arrogator ad satisdationem compelli, ac propterea si satisdare recuset, eius uoluntati subscribendum non sit, tamen hoc à Principis, eiusve Vicarij uoluntate pendere, quos interdum & absq; satisdatione consentire arrogationi possit contingere. Quapropter ne ea res legitimis hæredibus fraudi esset, æquum esse iudicauit, utilem eo casu in arrogatorem actionem dari. Quod ut mirum nemini uideri possit, facit l. hoc Senatusconsultum in §. 1. ff. de usufruc. ear. rer. quæ usu consum. ubi species illa deciditur quando cautio est omissa in usufructu earũ rerũ, quæ usu consumuntur, quæ tamen cautio ad ususfructus substantiam non minus pertinet, quàm satisdatio ad substantiam arrogationis.l.1.C.de usufructu. Sic etiã in authẽ. ut nulli iudici.§.super hoc autem iubemus. cautio quædam necessariò exigitur, atque ibidem mox deciditur ille casus, quo illa fuerit prætermissa. Neque uerò dubitamus, quin eundem planè sensum, qui fuit Marcelli in d. l. his uerbis. item & aliorũ in alijs similibus legibus hîc adductis, habuerit etiam Vlp. in l. cùm ostendimus. §. ult. ff. de fideiuss. tut. quæ lex in primis nostris omnibus molestiam maximam exhibuit. Fideiussores (inquit) à tutoribus nominati, si præsentes fuerunt, & non contradi- « xerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt, æquum est, perinde teneri, ac si « iure

iure legitimo ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Concludimus hîc quoque de ficta ſtipulatione ne cogitaſſe quidem iuriſconſultum, contra quam noſtri omnes præter Alciatũ, & Mandellum exiſtimauerint. Sed de illa actione loquutum eſſe, quæ ubi omiſſa eſt ſtipulatio, uel alio quocunque modo legitima actio deeſt, contra ſtrictam iuris rationem decernitur, ſi id æquitatis, aut utilitatis ratio expoſcat, ut ſuperiore cap. pleniſſimè docuimus. Cum enim dicat æquum eſſe perinde eos teneri &c. oſtendit ſolius æquitatis ratione actionem concedi; quæ uerò ex ſola equitate oriatur actio, non alia eſſe poteſt, niſi utilis actio, quę ex ęquo, & bono contra ſtrictam iuris rationem decernitur. l. ut tantum. ff. de ſeruo corrupto. l. quia actionum. ff. de præſcript. uerb. At qui in illa lege fingi ſtipulationem affirmant, ea ratione maximè adducuntur, quod ij, quos teneri dicit Vlp. erant fideiuſſores nominati, quocircà uidetur ſentire iuriſc. eos teneri tanquam fideiuſſores, ſicq; ſtipulationem ibi ſaltem fictè interceſſiſſe, quæ ad fideiuſſionem uidetur omnino eſſe neceſſaria. Etenim quanuis generatim ſoleat fideiuſſoris uocabulum uſurpari, ut & eum qui mandat, uel conſtituit, uel quacunque ratione in ſe periculum ſuſcipit complectatur. l. omnes. §. in hac. C. de epiſc. & cler. & §. ult. inſt. de replicat. ubi etiam annotat hoc Accurſ. in uer. fideiuſſoribus poſt Azonem in ſumma de fideiuſſ. in princ. quin & Donatus id apertè ſentiat, dum fideiuſſorem credendi autorem eſſe definit. Attamen negari non poteſt, quin noſtris legibus ut plurimùm fideiuſſor accipiatur pro eo, qui ex ſtipulatione pro altero eſt obligatus; nec ſanè auſim ego affirmare aliter accipi fideiuſſorem in hac l. cum oſtendimus. §. ult. Quicquid tamen ſit, hoc argumentum leue eſt, ac communem ſententiam nihil iuuat, cùm ex eo quod iſti tutores fuerint nominati, non rectè colligatur, eos ut fideiuſſores teneri, licet inſpecto effectu, quem ſolum ibi Vlp. conſiderauit, fideiuſſorum uicem obtineant: Quandoquidem perinde tenentur, ac ſi fideiuſſores eſſent, idq; optimè oſtendunt uerba ſequentia, ut & Alciat. rectè animaduertit. 15

« Eadem (inquit) cauſa uidetur affirmatorum
« ſcilicet, qui cum idoneos eſſe tutores affirmauerint, fideiuſſorum uicem ſuſtinent

Itaque ſentit iuriſc. eos quoque fideiuſſorum uicem ſuſtinere, qui fideiuſſores nominati tacuerunt, alioquin non bene diceret, utrorumq; eandem cauſam eſſe. Neque uerò contendere debemus, eos qui fideiuſſorum uicem obtinent, aut quaſi fideiuſſores, ſiue exemplo fideiuſſorum tenentur, uerè, uel fictè fideiuſſores eſſe, nam hoc perſpicuè falſum eſt, ut rectè probatur ex l. in perſonã. §. quod ſi quaſi fideiuſſor. ff. de pact. & ex l. 1. §. nunc tractemus, in illis uerbis, exemplo fideiuſſorũ &c. ff. de tut. & rat. diſtrah. 16

ARGVM.

QVæ potiſſimum mouerint Vlpianum in d. l. cum oſtendimus. §. vlt. ut actionem in ea ſpecie dandam eſſe exiſtimauerit. Num ſcilicet fauor pupilli, an calor iudicii, uel ſcriptura, aut patientia. Et an ex calore iudicij pactum nudum tantum roboris aſſumat, ut efficacem producat obligationem.

1 Fauor Reip. præcipuo iure nonnulla conſtituta ſunt.
2 Variæ Doctorum ſententię referuntur, quantum ad rationem l. cum oſtendimus. §. ult.
3 Vera eiuſdem legis explicatio.
4 Operam illi perdunt, qui per ſe, atque in abſtracto conſiderant calorem iudicii, fauorem pupilli, atque eiuſmodi alia, quæ uariè æſtimantur, ut ad uarias factorum

ctorum species referuntur.
6 De utili actione nullæ certæ, ac generales regulę tradi possunt.
7 Inefficax per se est calor iudicis, nisi cum eo simul alia concurrant.
8 Stipulationes iudiciales.
9 Inductio l. siue apud acta. C. de transact.
10 Qua ex re maximè legis sensus aperiatur.
11 An tunc saltem pactum nudum uestiatur calore iudicij, cum tendit ad confirmandum iudicium.
12 Restrictio communis sententiæ ex Ripa.
13 L. tale pactum. §. qui prouocauit. ff. de pact.
14 Multo sanctior est promissio, quæ iudici fit, ac præsertim si ad publicam utilitatem pertineat.
15 Qui promisit se reos exhibiturum, ex nuda promissione compellitur.

CAP. XXX.

POsteaquam uidimus quo pacto accipienda sint uerba Vlpiani in hac ipsa l. cùm ostendimus. §. vlt. ff. de fideiuss. tut. & eiusmodi actio illa sit, qua censuit ipse legitimis hæredibus pupilli, alijsq́; quorum interest, eo casu succurri debere: restat ut uideamus, quæ nam in ea specie concurrant, ac quæ Vlpianum mouerint, ut ita respondendum iudicauerit. Est uerò hæc eadem fermè quæstio quam & cæteri tractant, dum tanto apparatu causas inquirunt, quæ ibi fictam stipulationem inducant. Nam quæ ab alijs fictæ stipulationis inducendæ creduntur causæ fuisse, potuerunt etiam illam ęquitatem inducere, cuius solius ratione nos ibi utilem actionem dari demonstrauimus. Variæ hac in re sunt nostrorum sententiæ. Putant Dyn. Iacob. de Aretio, Raincrius, & Nicolaus de Neapoli, in d. l. cum ostendimus, id quod ibi deciditur præcipuo pupilli fauore receptum esse, quemadmodum uidemus & fauore
1 Reipub. nonnulla interdum pręcipuo iure constitui, ut in l. 2. ff. ad munic. Cui sententiæ astipulatur Cyn. in l. inuitus. C. de procurat. Item Butr. & Imol. in clement. 1.
2 de procurat. Altera est sententia Bart. in l. ult. ff. de prætor. stipul. qui credit Vlpianum in ea lege solum spectasse patientiam in iudicio ab ijs præstitam qui fideiussores fuerant nominati. Quod ipsum & alibi sæpe Bart. inculcat, ut in l. ult. §. 1. ff. à quib. appell. non licet, & in l. cùm quis decedens, in princ. ff. de leg. 3. Probatq́; hoc idem Bald. in l. tale pactum. §. qui prouocauit. ff. de pact. & Castrens. in l. sciendum inf. eod. Tertiò Cumanus in d. l. sciendum, fatetur quidem id quod Bart. Bald. & Cast. sentiunt iudicij fomentum, atque calorem momenti non parum habere, attamen existimat cum calore iudicij, etiam pupilli fauorem concurrere oportere, ut actio competat, quemadmodum ibi concurrit. Quartò Bald. non satis hac in re sibi constans in l. 2. §. uoluntate. ff. solut. matrim. dicit esse tribuendam illius legis decisionem, partim patientiæ, partim etiam scripturæ, cùm ij qui tutores fuerunt nominati in publicis àctis describi nomina sua passi fuerint. Quam scripturam etiam Alex. hic nu. 36. vult omnino debere attendi, sed cum ea simul & fauorem pupilli, & iudicij calorem putat ibi considerari, atque hanc sententiam Alexandri frequentiùs esse receptam, Iason hîc, & recentiores testantur. Postremò Romanus existimat eius decisionis uim totam in patientia geminata esse positam, iudicij uerò calorem credit nihil planè operari, cuius sententiæ utrunque caput reprobat Alex. inf. in l. 1. nu. 37. & 38. Sic iam cernimus quantoperè hac in re uariatum sit. At uidetur nobis hęc dubitatio planè tolli ex ijs, quæ supra docuimus, ita ut tam multę hac de re al-

tercationes sint prorsus superuacaneæ. Ostendimus supra quoties secundum strictam 3
iuris rationem nulla competit actio, consueuisse prætores, atque etiam prudentes ea de re consultos ex causis, & personis in proposita facti specie æstimare, an æquum esset, & an utilitas exigeret actionem dari. arg. l. ult. sup. tit. prox. quę propterea utilis actio in factum appellatur. Quod cum ita sit, dubitandum non est, quin quoties eueniebat, ut dubitaretur, an aliquo casu utilis actio danda esset, accurate singula expendi deberent, quę in illo ipso casu concurrerent cum nihil aliud, quam æquum bonumq; spectaretur, cuius ratio omnis, uel ex minima facti differentia sæpe mutatur. Quapropter cum Vlp. eam facti speciem nobis referat. Fideiussores à tutoribus nominatos præsentes fuisse, & non contradixisse, & nomina sua referri in acta publica passos esse, ac deinde subijciat æquum esse illos teneri, credibile est hanc æquitatem ipsum æstimasse ex illis rebus omnibus, quas proxime nobis proposuerat, ex quibus si quid uel minimum deesset, non auderem ego affirmare illius legis decisioni locum esse. Neque enim ab re iurisconsultus tam accurate omnia enumerasse existimandus est, sed quia ea singula ad id quod postea decernit momenti aliquid habere animaduertent. Itaque concludo coniunctum hæc omnia ibi considerari, & scripturam, & pupilli fauorem, & iudicij fomentum, & multiplicatam illorum patientiam, qui cùm præsentes essent, nullatenus contradixerunt, sed, & nominari, & describi se, & nomina sua in acta publica referri passi sunt. Quod uerò multi dubitant, utrum hæc singula, nimirum calor iudicij, fauor pupilli, patientia, uel scriptura publica, & si quæ alia sunt 4
eiusmodi, per se atque in abstracto (ut ita loquar) considerata, nobis actionem pręstent, hoc profectò non potest non maximè absurdum esse: nam si loquimur de actione, quæ ex ficta stipulatione oritur, iam ostendimus, hoc merum figmentum, ac tanquam ægrotantium somnum esse; si uerò loquamur (ut uerè Vlp. loquitur) de utili actione, quæ ex æquo, & bono contra iuris regulas datur, frustrà certè studemus ibi 6
certas regulas tradere ubi à regulis communibus recedere nos leges uoluerunt, atque ex singulis factorum euentibus æquitatem metiri. Non ergo debemus singula cuiusq; speciei attributa per se considerare, sed quatenus ad eam ipsam speciem applicantur, cùm persæpe faciat illa applicatio, ut plus, uel minus fauoris, atq; ęquitatis unũquodque habeat, quàm per se alioquin fuisset habiturum. Cuius rei exempla quamplurima poterit per se unusquisque reperire. Vt ecce in illa facti specie, quæ habetur in l. si filius. ff. de tutelis, scientia, & patientia patris non tanti est, ut illum obligare possit: at ne quidem si ipsius patris monitio præterea accedat. At in l. 2. ff. ad municip. eiusdem scientia, & patientia obligationem inducit. Vnde hæc tanta diuersitas? Ex eo nimirum quia, & hic, & ibi non ad idem factum, neque ad easdem prorsus personas applicatio fit. Adde quod sola præsentia domini tacentis, in l. manumissio. ff. de manu. uindict. uerborum solemnitati æquipollet; at alibi sæpissimè secus esse comperiemus. Fauor itidem pupilli, ipsi pupillo, uel eius hæredibus prodesse potest. ac iuris effectus aliquos parere, cùm scilicet ad tale factum referetur, ubi alia nonnulla habeat adminicula, ut d. l. cum ostendimus. Vbi uerò illa desint, stultum erit existimare, semper fauore pupilli actionem dari oportere. Ac denique etiam de calore iudicij, de quo multa nostri differunt, uno uerbo idem concludimus. Sunt enim species eiusmodi nonnullæ, in quibus iudicij calorem attendi æquissimum sit, ut in l. 1. §. ult. ff. de interrog. act. & in l. pacta nouissima.

uiſſima.C.de pact. Sed ubi nulla res alia concurrat, non uideo calorem iudicij per
7 ſe talem cauſam eſſe, quæ ullum iuris effectum ualeat producere. Hac de cauſa ego apertiſſimum illud eſſe iudico quod noſtri in quæſtionem uocant inf. in l. 1. Aretinus, Alex.Socin. Iaſ.Ripa,cæteriq; recentiores. Vtrum ſcilicet pactum ueſtiat calore iudicij, ita ut actionem parere poſſit. Neque enim dubitandū eſſe arbitror quin ueriſſima ſit communis ſententia,& negatiua, à qua nec quiſquam certè (quod uiderim) niſi diſputationis gratia, auſus eſt diſſentire. Vt enim omittam leges, quæ etiam in iudicio ſti
8 pulationem neceſſariò requirunt, ut l.omnes.§. in hac.2. C. de epiſc. & cleri. ut etiam omittam, quod (ut rectè aduertit Aretin.) iudiciales ſtipulationes inuentæ ſunt, & à prætoribus, qui nihil temerè, aut fruſtrà unquam induxerunt,in iudiciorum conſuetudinem introductæ.l.1.ff.præt.ſtipul.l.5.in princ.iuncto §.ſtipulatio inf.eod. quæ ſanè parum fuiſſent neceſſariæ,ſi legitimæ fuiſſent conuentiones omnes in iudicio factæ, atque ad agendum ſatis per ſe efficaciæ, ac ponderis habuiſſent. Vt hæc (inquam) atq; eiuſmodi alia omittam, quæ probabiles reſponſiones forſan admitterent, puto hanc cōmunē
9 ſententiam neceſſariò probari ex l. ſiue apud acta.C.de tranſact. ſi hæc lex perpendatur eo modo, quo illam uidet mihi perpendere uoluiſſe Socinus hìc nu.2. uerſ.& inducuntur, quanuis tàm perplexè loquatur, ut ex eius uerbis uix ullus uideatur ſenſus elici poſſe. Siue apud acta rectoris Prouinciæ,ſiue ſine actis ſcriptura intercedente uel nō, « tranſactio interpoſita eſt, hanc ſeruari conuenit. Sed quoniam ut certum quid accipias « conueniſſe te (licet ſine ſcriptura) proponis,nec huius rei cauſa ſtipulationem ſequutam « eſſe, quāuis ex pacto non potuit naſci actio,tamen rerū uendicatione pendente,ſi exceptio pacti oppoſita fuerit,doli mali,uel in factum replicatione uſus,poteris ad obſequiū « placitorum aduerſarium tuum urgere. Proponit primò Diocletianus generale pronunciatum,conuentionem ſemper ſeruandam eſſe,ſiue apud acta, ſiue ſine actis interpoſita ſit, ac ſiue ſcriptura interceſſerit,ſiue minùs. Poſteà in verſ. ſed quoniam, declarat quod generatim tradiderat, aitq; conuentionē nudā tantūmodò ſeruari ope exceptionis,uel replicationis, cùm qui de tranſigendo ſine ſcriptura conuenit,non niſi oppoſita eo modo quo ibi dicitur replicatione ad obſequium placitorū urgeri poſſit. Nemo nō uidet noſtræ argumentationis uim omnem ab eo pendere,utrum Imperator in ſecunda parte, ubi apertiſſimè decidit nihil ad actionem prodeſſe conuentionē de tranſigendo, generatim id affirmare uoluerit, etiam quando conuentio apud acta interpoſita fuerit. At hoc illum uoluiſſe rectè cum Socino in hunc modum oſtendemus. Negari non poteſt, quin quæ ſimpliciter, atque indeterminatè poſteriore illius legis parte tradita ſunt rectisſimè declarari posſint ex primis illis uerbis, ſiue apud acta,ſiue ſine actis, cùm vulgatum ſit, uerba poſita in principio orationis, debere totam orationem declarare,ut & Bart. tradit in l. Scio.§.Caio.ff.de fund. inſtruc. At illa prima uerba,ſiue apud acta,ſiue ſine actis,cum eodem orationis contextu annectantur aliis uerbis proximè ſequentibus,ſcriptura intercedente,uel non,eo ſenſu uidētur omnino eſſe accipiēda,ut quod dicitur intercedente ſcriptura,intelligatur tam apud acta,quam ſine actis. Item quod dicitur nō intercedēte ſcriptura intelligatur, tàm apud acta, quàm ſine actis, neque enim ullam poſſemus hìc reſtrictionem adhibere, quæ non uerbis illis tam generaliter conceptis aduerſaretur. Proinde ſi quod dixit Imperator ſcriptura non intercedente, generaliter accepit, ſiue apud acta iudicij, ſiue ſine actis conuentum ſit, reliquum eſt, ut cùm poſteà in ſecunda parte loquitur de conuentione, in qua ſcriptu-

ta non interceſſit, ac dicit ex eo agi non poſſe, in eo etiam generaliter loquutus fuerit, atque illam quoque conuentionem complexus fuerit, quæ ſine ſcriptura in actis fuerit interpoſita: ſiquidem initium legis totam legem aperit,l.regula,iuxta fin.in illis uerbis, 10
initium conſtitutionis.ff. de iur. & fact. ignorant. Sic uidetur mihi neceſſariò colligi ex illa lege, conuentionem alioquin nudam non eam uim,aut enim quaſi calorem ex iudicij actis deſumere, ut propterea actionem producere poſſit. Quanquam uel ſi pro hac ſententia, nulla alia lex extaret, tamen ex eo ſatis probata uideri debet, quod ex aduerſo nihil affertur, cur debeamus ab illa regula recedere, quam docuit nos Vlp. in l. iuriſgentium.§. igitur nuda.ff.de pact. pacta nuda non actionem producere, ſed exceptionem. Neque enim poſſumus ullum ad hanc rem argumentum deſumere ex illa l. cùm oſtendimus.§. vlt.ff.de fideiuſſ. tut. quia cùm multa ibi coniunctim nobis Vlp. proponat, non uere poſſumus affirmare, ex ſolo iudicij calore eum æſtimaſſe æquitatem, ob quam iudicauit utilem actionem dari oportere,tantùm abeſt, ut ex conuentione in iudicio facta, directam actionem competere exiſtimauerit. Hanc concluſionem negatiuam, quam (ut diximus) cæteri quoque interpretes recipiunt, limitant ipſi poſteà in conuentione, quæ ad confirmandum iudicium pertinet, nam dicunt illam ueſti 11
ri calore iudicij, ideoq; ſaltem iudicis officio impleri debere, ita Bald. in l. tale pactum. §. qui prouocauit. verſ. Nonò quæro, ff. de pact. Alex. inf. in l. 1. nu. 39. ubi etiam Ripa nu. 22. Item Galiaula, atq; alij recentiores aſſentiuntur. Sed hæc limitatio,ſententia mea, tàm perſpicuè falſa eſt, ut ne confutatione quidem egeat. Cùm facilè poſſit unuſquiſque animaduertere, ea omnia, quibus proximè communem ſententiam confirmauimus, hanc limitationem apertisſimè oppugnare. Namq; in l. ſiue apud acta, licet iudicium pactio non coadiuuet, tamen iudicio finem imponit (ut & Socinus Iunior hìc conſiderat) quod non minus certè fauorabile eſt; cùm à legibus id ubique ante omnia expetatur.l.non minorem.C. de tranſact. l. properandum.C.de iudic. c. finem litibus, extra de dolo. Negare uerò non poſſumus, quin huius limitationis terminos planè attingat,id quod diſponitur in l.omnes.§. in hac.C. de epiſc. & cler. ubi potuiſſet conuentio iudicio præſidium afferre, & tamen eo loci Iuſtin. non obſcurè ſentit, eam per ſe fore inefficacem, niſi ſtipulationis robore firmaretur. Ripa 12
nu. 22. dum ſtudet hanc legem declinare, ita declarat hanc ſimilitudinem, ut non uoluerint Doct. eſſe illi locum in omnibus conuentionibus, quæ iudicijs adiumento aliquo eſſe poſſunt, ſed in illis tantùm quibus id promittitur, ad quod promiſſor alioquin tenebatur, ut cum promittit iudicio ſiſti, uel iudicatum ſolui, non quidem pro alio, ut in d. §.in hac, ſed pro ſeipſo. Verùm in hoc quoque aduerſatur quod ſupra de iudicialibus ſtipulationibus traditum eſt, ut ratum haberi, iudicatum ſolui,quibus quis pro ſe ipſo promittit.l.3.§. ſi reus cũ ſimilib. ff.iudicat.ſolui, & tamen eas fruſtrà inuentas nõ fuiſſe exiſtimandũ eſt. Præterea ſi calori iudicij hoc tribuendũ eſſet,ut efficaces conuentiones redderet,hoc certè faceret in omnibus cõuẽtionibus, quæ in iudicio interponunt. Quod cùm ſecus eſſe iam demonſtratũ ſit,parum me mouebit, quod conuentiones nonnullæ proponant in iudicio factæ, quæ efficaces ſint, id enim non tàm calore iudicij, quàm alijs cauſis tribuendum eſſe dixero,quas ibi ſemper concurrere animaduertemus, ut in l.tale pactum.§.qui prouocauit.ff.de pact.Condẽnatus, 13
,, ut certam quantitatẽ ſolueret, prouocauerat; deinde tranſegerat,ut eius quantitatis par
,, tem certa die ſolueret, quod ſi ea die nõ ſoluiſſet, iũ ſententiæ ſe pariturum promiſerat.

Papinian.

Papinian. respondet iudicem appellationis nullo alio de principali causa discusso iustam conuentionem ueluti confessi sequi debere. At qua ratione uult attendi conuentionem, si nuda conuentio non parit actionem? illa nimirum quia huic ipsi conuentioni, annexa erat tacitaquædam confessio, cum uideatur promissor confiteri iustam fuisse sententiam, quæ contra se lata fuerat, id quod Ripa non inficiatur, & uerba legis nobis non obscurè insinuant. Itaque sentit Papin. uel si maximè in iudicio ea conuentio facta fuisset eius tamen efficaciam non tàm ipsi iudicio, quàm alijs causis tribuendam esse. Possunt enim (ut dixi) sæpe multa concurrere, quę faciant ut ad prętandam fidem
14 compelli promissorem æquissimum sit. Illudque inter cætera ad hanc rem maximi momenti esse semper iudicauero, si iudici promissum aliquid fuerit, quem certè falli multò iniquius est, ac tantò magis, si quod ipsi promissum est ad publicam utilitatē pertineat, ut si quis officialibus promisisset reos exhibere. Hunc enim fateor ex nuda promissione
15 posse compelli, neque id tantùm si officialibus, sed etiam si alijs quibuscunque apud acta is promisisset; quod uidetur mihi apertè sentire Paul. in l. eū pro quo ff. de in ius uocādo. Eum pro quo (inquit) quis apud officium cauit, exhibere cogitur. postea statim " subijcit; Item qui apud acta exhibiturum se quem promisit, & si officio non caueat, ad " exhibendum tamen cogitur. Itaque ex tali pacto utilis actio competeret, ut & Accurs. ibi docet in uerb. officium. Hæc quæ diximus de conuentione in iudicio facta, intelligimus quoties constat nudam conuentionem esse. Nam si scriptum esset in actis aliquos promisisse, tunc præsumeretur promissum esse per stipulationem ar. §. si scriptum. Inst. de inutil. stipulat. Itaque cessaret omnis difficultas. Quemadmodum si quis in actis conscribi curaret, se expensarum nomine aliquid soluturum ut in auth. generaliter. C. de episc. & cler. Quod si id manu propria quis scriberet, atque in eum modum, ut ex ea scriptura stipulatio præsumi non posset, putarem competere condictionem ex lege orientem ex illa scriptura, iuxta l. 1. ff. de condict. ex lege, ut docet ibi Accurs. gloss. conscribat, quæ glossa quanuis soleat ad id probādum induci, pactum scilicet uestiri calore iudicij, inductio illa tamen nihil prorsus ad rem pertinet. Quemadmodum etiam responsio quā ad illam affert Socinus Iunior nu. 41. in fin. ab ipsius Accursij mente alienissima est.

ARGVM.

SIT ne omninò in stipulatione necessarius ordo interrogationis, & responsionis. Et quid si in instrumento scriptum sit, interrogationi responsionem antecessisse.

1 Rectè nè ego id statim promittam, de quo alter interrogatur.
2 Quæ leges faciāt, quo minus ordo interrogationis, ac responsionis uideatur esse necessarius.
3 Quæ leges contrà, hunc ipsum ordinem requirant.
4 Variæ interpretationes. §. si quis simpliciter versi. cum adiicitur l. 1. inf. eo.
5 Minor est diuersitas, quæ qualitatē, quā quæ quantitatem respicit.
6 Antinomia. l. 1. §. si stipulanti mihi infr. eo. & §. Præterea Inst. de inutil. stipula.
7 Intell. §. si stipulanti. ex qua sumitur declaratio uers. cum adiicitur.
8 An ex d. uers. cum adiicitur rectè colligatur posse fieri stipulationem sine interrogatione.
9 Quid si scriptum sit in instrumento Titiū promisisse, ac deinde incontinenti subiiciatur stipulatio.
10 Tres casus distinguuntur.
11 Aequiuocat Iason, & cōfundit stipulationem cum instrumento, quo probatur stipulatio.
12 Pluribus exemplis demonstratur uerba instrumenti

instrumenti interpretatione iuuari posse.
13 Quinã sint termini quibus per se ipsis ordo dicatur inesse.
14 Verbum promisit redactum in scripturã importat stipulationem.
15 Hysterologia figura, etiã, apud legum nostraru m authores est in usu.
16 Fortissima est præsumptio quæ actus uali ditati fauet.
17 Error notarij an nobis noceat.
18 Quo casu uerum sit, id quod dicit Iason, ob conuersum à notario ordinem inter rogationis, ac responsionis uitiari stipulationem.
19 Pro scriptura notarii ĩ dubio præsumitur.
20 Allegãti errorẽ notarii non defertur iura mẽtũ in defectũ semiplenæ probatiõis.

CAP. XXXI.

SED prosequamur iam reliqua uerba huius definitionis. Quibus (inquit Pompon.) IS QVI INTERROGATVR &c. Audiui aliquando proponentes de stipulatione quæstionem eiusmodi. Cum ego & Sempronius fortè una essemus, superueniens quispiam Sempronium interrogat, an se certa die centum aureos daturum promitteret, tacente uerò Sempronio ego protinus respondeo me promittere. 1
Ne dubites (inquam) ego me daturum promitto. Nam utilis erit stipulatio. Dixi hanc quæstionem penitus dubitatione carere, apertissimè enim illam decidi ex hac dictione, IS, qua hìc Pompon. utitur. Hac enim demonstrare uoluit, oportere eum ipsum, qui interrogatur, & non alium quemcunque respondere. Subsequens uerò illud uerbum INTERROGATVR ostendit debere interrogationem responsioni antecedere. Qua in re tria occurrunt, quæ sigillatim uidenda sunt. Primùm sit ne hìc ordo interrogationis, & responsionis, omninò necessarius. Deinde qua ratione fuerit is inductus. Postremò, an consuetudine remitti possit. Primùm attingunt Bar. Iason, Ripa, & cæteri infra in l. 1. Verùm ego non diu in eo persistam, quia res non admodum dubia est. Quod 2
uidetur hac in re difficultatis nonnihil afferre, putat Bar. esse id quod dicitur in ead. l. 1. §.
" si quis simpliciter in 2. respon. Cùm adijcitur aliquid uel detrahitur obligationi, semper
" probandum, uitiatam esse obligationem, nisi diuersitas responsionis illicò placuerit, tũc
" enim aliam stipulationem cõtractam esse uideri. In eo uidetur hęc lex obstare, quia hæc noua stipulatio, in qua post responsionem acceptantis consensus interuenit, nõ potest uideri legitimum interrogationis, & responsionis ordinem continere. Præterea Ripa alijq́; nonnulli obijciunt, §. sed hæc solemnia Inst. eod. quo loci probat Iustin. quod, de tollenda uerborum solemnitate Leoni placuerat, ac nihil aliud in stipulatione requirit, nisi consonantem ab utraque parte intellectum, at hunc consonantem intellectum etiã non seruato ordine interrogationis, ac responsionis haberi posse exploratissimum est. Atque hanc inductionem putat Socinus Iunior hìc nu. 187. arctiùs stringi posse, iuncto §. superiori, ubi cum refert Imp. ius antiquum, dicit congruenter ad interrogata responderi debuisse, posteà statim Leonis correctionem refert, quæ propterea uidetur eò pertinere, ut hodie ad interrogationem respondere non sit necesse sed possit sine ordine interrogationis, ac responsionis stipulatio fieri. Citat etiam l. præposteri. C. de testament. At neque l. præposteri quicquam obstat cum illa lex apertissimè declaretur, ex §. item si quis. Inst. de inutil. stipul. Nec quod habetur in §. sed hæc solemnia, cùm ibi tantum cõstitutio Leonis referatur, quem de tollendo ordine interrogationis, ac respõsionis quicquam cogitasse, nemo dixerit. Quod uerò ibi corrigatur quod superiori, §. dictũ erat, congruenter ad interrogata respondendũ esse, perspicuè falsum est, ut facilè per se unusquisque

quiſque intelliget, qui uerborum illorum contextum diligenter inſpexerit. At neque primum illud argumentum deſumptum ex uerſ. cum adijcitur, eiuſmodi eſt, ut hãc quæſtionem ulla ex parte dubiam reddere poſſit. Nam præter Pomponium in hac diffini-
3 tione non deſunt alij Iuriſconſulti, qui in ſtipulatione ordinem interrogationis, ac reſpõſionis, neceſſariò requirunt, ut Modeſtinus in l. obligamur, in qua accuratè docet, qua ex re maximè unaquæque obligatio perficiatur, ac cum deuenit ad ſtipulationẽ, Verbis « (inquit) obligamur cùm præcedit interrogatio, ac ſequitur congrua reſponſio. Idemq; « expreſſim exigit Antonins in l. 1. C. de uſur. in obligatione uſurarum, quæ non niſi per ſtipulationem deberi poſſunt, itaque fit, ut nullus dubitationi locus eſſe poſſit. At quẽ
4 dicemus fuiſſe ſenſum Vlpiani, in d. l. 1. uerſ. cùm adijcitur? Variè Doct. illum uerſ. interpretati ſunt. Nonnulli intelligunt eo caſu loquutum eſſe Vlpianum, cùm aliquid adijcitur in quantitate, itaque dicunt illa uerba ex ſequenti. §. eſſe declaranda, ut Hugo. & Iacobus Butr. Mouet uerò illos dictio, aliquid, quæ ſubſtantiam, & non qualitatem uidetur exprimere. Contra uerò Petrus intelligit, quando non in quantitate, ſed tantùm in qualitate uariatum eſt, ueluti ſi ſimpliciter interrogatus, uel Kalendis, reſponderit ſub cõditione, uel Idibus ſe daturum, aut è conuerſo, ut habetur in §. proximè præcedenti. Nã ſi conſentiretur in diuerſam quantitatem, abſurdũ fore dicebat, ut noua ſtipulatio, quã ex hoc conſenſu induci Vlp. tradit, nullam præcedentem interrogationem contineret. Verùm Ioannes, & Azo, quem Accurſ. Dynus, Bart. & alij frequentius ſequuti ſunt, putarunt hanc deciſionem generaliter, atque abſolutè accipiendã eſſe, ut procedat, ſiue in quantitate, ſiue qualitate uariatũ ſit, ideoque tàm ex ſequentibus, quàm ex præcedentibus uerbis eſſe declarandam. Qua interpretatione retenta Accurſ. ibi in uerſ. uiitatam, ac curatam hac de re diſtinctionem tradit. At quoniam illud uidebatur obſtare, quod Petrus animaduertebat, futurum ſcilicet, ut præcedens interrogatio, utpote quæ diuerſam contineret quantitatem, ad nouam ſtipulationem nihil pertineret, ac propterea noua illa ſtipulatio interrogatione careret. Reſpondet ad hoc Bart. ibi nu. 2. uerſ. prętereà probemus, non eſſe illam ueram ſtipulationem, ſed potius fictione iuris uideri contractam. Ac porrò ad id ſatis eſſe quamcunque præcedere interrogationem, ex qua magis delibe ratus reſpondentis animus aliquo pacto arguatur, licet nõ illud prorſus cõtineat, quod in reſponſione comprehenſum eſt. Pręter tres iſtas, non uidetur alia ulla interpretatio ad hunc uerſ. afferri poſſe, ſed quam potiſſimum ex his tribus nos amplectemur? Videtur certè primo aſpectu probabilius (idq; & Franciſc. Duarenus probat) quod Petrus dice-
5 bat, in die tantùm, uel conditione, aliaue ſimili qualitate uariaſſe contrahentes, in eo uerò quod ad ſubſtantiam ſtipulationis pertinebat, nihilo minus conſenſiſſe. Nam multo magis conſentaneum eſt, hoc caſu ſequuta demum acceptatione conualeſcere ſtipulationem, quàm cùm res noua in obligationem deducitur, uel maior quantitas quam cõtinetur in interrogatione. Verùm, ut Azonis, & aliorum ſententiam magis probem, qui generaliter illa uerba intelligunt, etiamſi in quantitate uariatum ſit, facit §. prętereà Inſt. de inutil. ſtipulat. Prætereà inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea quæ interrogatus fuerit, nõ reſpondeat, ueluti ſi quis decem aureos à te dari ſtipuletur, tu quinque promittas, uel cõtra. Aut ſi ille purè ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, uel contra. Animaduerto eũ ibi caſum proponi, cùm ſtipulanti decem quinque promittuntur, ſicq; cum maiori ſum-
6 mæ minor ineſt, & tamen decidi inutilem eſſe ſtipulationem, contra quàm reſpondeat, Vlp. in §. ſi ſtipulanti, qui poſt hunc noſtrum uerſ. proximè ſubſequitur. Itaq; ne ſibi hæ

leges

ac responsionis. Nam uerè ibi adest non tantū responsio, sed etiam præcedens interrogatio, quæ quāuis non illud ipsum contineat, quod responsum est, & quod postea placuit, tamen quemadmodū pacta incontinenti apposita stipulationi inesse creduntur. l. lecta. §. dicebam. ff. si cert. petat. ita hîc assensus ille ab interrogante posteà præstitus, ipsi interrogationi censetur inesse, atque illam quasi renouat, redditq; responsioni conformē, unde fit, ut noua quodāmodò stipulatio (quēadmodum inquit Vlp.) contracta esse uideaī. Quod tamen non eò dico, quia putem in stipulatione indistinctè illud esse recipiendum, quod docet Accurs. in l. Pomponius §. rati. ff. de procurat. paria esse quod uel in actu ipso, uel incontinenti post actum aliquid fiat (qua de re latè Iason in l. non solùm. §. morte nu. 23. ff. de noui oper. nunc. ac recentiores in d. l. lecta.) Rectè enim docet Bart. in l. 2. §. prius. ff. de vulg. & pup. non esse illi regulæ locum, quoties quæ præposterè facta proponuntur, ad alicuius actus formam pertinent, quemadmodum ordo interrogationis & responsionis spectat ad formam stipulationis. Sed hoc postremum, ita in stipulatione accipiendum est, ut non propterea hæc ipsa interpretatio excludenda sit, quam nobis expressim ab Vlpiano traditam uidemus. Iam uerò ex hoc quod conclusum est, præposterum ordinē interrogationis, & responsionis uitiare stipulationem, Iason insf. in l. 1. in princ. nu. 19. aliam magis particularem cōclusionem deducit, ut quod

9 simpliciter hucusq; traditum fuit, ad fori, iudiciorūq; usum accōmodet. Si publico aliquo instrumento (inquit) scriptum sit, Titium promisisse decem, ac deinde in eodem instrumēto interrogatio quāuis incontinenti subijciaī, stipulatio inutilis est. Quod ipsum probari dicit ex ijs, quæ docet Bart. de ordine interrogationis, ac responsionis. Nō puto ego absolutè Iasoni assentiendū esse, siquidē permagni refert, quomodo accipiatur id quod ipse ponit, subiectā scilicet fuisse interrogationē. Quare ut rectiùs, ac magis distin

10 ctè hoc totum intelligaī, ego hîc tres casus distinguo. Primus est, cùm notarius posteaquā de responsione dixit, de interrogatione simpliciter mentionem habet, non tamē expressim dicit præcessisse respōsionē, atq; interrogationem subsequutā esse. Secūdus quādo expressim quidem dicit præcessisse responsionē, ac sequutā esse interrogationem, sed id ita exprimit, ut si inuicē permutentur interrogatio, & respōsio, & loco unius altera ponatur, possint quantū ad reliqua, & sensus, & structura uerborū conuenire. Tertius, cùm præposter iste ordo interrogationis, ac responsionis, ita fuit expressus, ut non possit eiusmodi permutatio fieri, quin reliquæ orationis partes aduersenī. In quibus singulis casibus sat facilis mihi uideī huius quæstionis determinatio. In primo contra Iasonē sentio propter illā rationē, quā ille ipse obijcit contra propriā sententiā, ac non rectè posteà diluit, dū dicit uerba in instrumēto stipulationis nō posse interpretatione iuuari. Siquidē

11 æquiuocat ipse, & quod de stipulatione verè dici potest, falsò affirmat etiā de instrumēto, quo probaī stipulatio, quasi uerò idē hæc sint stipulatio scilicet, atq; instrumētū, quo ipsa probaī, quæ tamē maximè inter se diuersa esse cōstat, ut & nostri interpretes non semel animaduertunt; Bart. l. 1. nu. 17. ff. si cert. pet. & in l. si quis legatū col. 2. ff. de falsis. Decius in cons. 17. nu. 3. Quapropter licet nō possint uerba contrahentiū in stipulatione, tñ uer-

12 ba notarij in instrumento interpretatione iuuari, atq; ad sanū, rectūq; sensum redigi pñt. Argumento sunt quę ipse refert ex Cyno, & Baldo in l. cum testamēto. §. 1. ff. de hæred. instit. Concludūt. n. ex ea lege, quoties in eodem instrumēto, uel diuersis, duo fortè, uel plura reperiuntur, illud semper uideri præcessisse, quod præcedere debet, ut quod gestum est omni ex parte ualeat. Itaque si uel eodē, uel diuersis instrumentis comprehensum sit patrem filio aliquid donasse, Itemq; filium ipsum emancipasse, credetur prius

emancipatio facta, cum alioquin donatio, utpote filio in potestate facta non ualuisset, ut docet Bart. in l. frater à fratre col.ult. ff. de condict. indeb. Alex. in l. diuortio in princ. in 4. col. iuxta finem.ff.solut.matrim. Item in l.2.§.prius.ff.de vulg. & pupill. & in cons.446.incip. lecto & discusso,necnon & ipse Iason in l. ult.col. penult. nu.35. C. de edict. diui Adri. tollend. Hoc idem & de pluribus exceptionibus in eadem scriptura confusè propositis, eas nimirum ad consonum sensum redigendas esse,affirmat Bal. in l. exceptionem col.3.de probat. post Bart. in l. quidam consulebant col. 2. in fin. ff. de re iudic. Huc q; etiam spectant, quæ tradit Bart. in l. Scæuola col. ult. & in l. Marcell.§.quidam liberis nu.10.ff.ad Trebell.in l.contractus.C.de fideinstru.& in l. ut iurisiurandi,post Accurs. ibidem.ff.de op.lib. Ac tanto certè magis hæc concedenda erunt, quando termini qui proponuntur erunt eiusmodi, ut per se ordinem quendam demõ 13
strent. Et de institutione, & substitutione dicit Iulian. in l.cùm testamento.§.hæc uerba: " ff. de hæred. instit. Hæc uerba; P. Mæuius, & Caius inuicem substituti hæredes mihi " sunto, sic interpretanda sunt, ut breuiter uideatur testator tres instituisse hæredes, & eos inuicem substituisse, perinde ac si ita scripsisset,ille,& ille instituti heredes, & substituti sunto. Eiusmodi uerò sunt hi duo termini interrogatio, & responsio. Nam sicut substitutio non dicitur, nisi præcedat institutio, ita non uerè dicit responsio,nisi pcedat interrogatio. Itaq; non malè argumentatur Ripa dum considerat multo rectiùs demonstrari factam esse stipulationem, quando non solum de promissione mentio fit,sed etiam de interrogatione, quàm cum de sola promissione; atque eo tamen casu probari 14
stipulationem non ignoramus.§.si scriptum, instit.de inutil.stip. Nam licèt hîc prius responsio usurpetur, ac deinde interrogatio, tamen horum uerborum natura satis demõstrat, quo ordine accipienda sint, ut Iuliani autoritate demonstratum est. Itaque nulla in re alia uidetur obesse huius ordinis peruersio, nisi quia scripturam minùs dilucidam, ac minus decoram reddit. Quanquam etiam qui dicendi flores sequuntur præ" posterè interdum nonnulla exprimunt, ut Verg. cum inquit. Postquam altos tetigit 15
" fluctus, & ad æquora uenit, atque alibi apertiùs. Et torrere parant flammis & fran" gere saxa. Quam dicendi figuram & apud nostrarum legum autores in usu esse annotat Accurs. multis in locis, nempè in l.2.§. labeo in uerb. minus.ff.de incend. ruin. & naufrag. in l. iurisgentium.§. utrum.ff.de pact. in l.riparum.ff.de rerum diuis. quanuis ex illa lege non rectè hoc colligat. & in §. littorum quoque, inst. eod. tit. de rerum diuis. Quid modò si notarius non tantùm de interrogatione posterius meminerit, ut in hoc primo casu, sed expressim dixerit præcessisse responsionem, & sequutam esse interrogationem? Ego tunc crederem præsumi notarium errore ductum pro interrogatione responsionem, contraq; pro responsione interrogationem usurpasse, si modò huic præsumptioni orationis structura nulla ex parte aduersetur, ut erat secundus casus à nobis paulò antè propositus, atque hac ratione concluderem stipulationem ualere. Huic porrò interpretationi maximè fauet illa coniectura, quòd cùm partes ea de re publicum instrumentum fieri curauerint, non possunt uideri, non in animo id habuisse, ut efficacem obligationem inducerent, id quod ea ratione maximè se facere posse intelligebant,ut interrogationis, ac responsionis solemnitatem adhiberent. Proinde si ipsi hac de causa solemniter interrogasse, ac respondisse creduntur,reliquum est, ut errasse notarium præsumamus, dum interrogationis,& responsionis ordinem immutauit. Id quod etiam facilè in omni sermone,contingere uidemus. Eoq; fortior hæc 16
præsumptio est, quia stipulationis ualiditati fauet, Quocunque enim modo coniectura

sumatur,

sumatur, per quam sustineatur id quod gestum est, semper illa fortissima est, ut ostendit Decius in l. postquam liti nu.24. C. de pact. & in cons. 77. col. 3. Ideo autem diximus
17 stipulationi fauere hanc coniecturam, quod notarius errasse credatur, quia errore notarij non uitiatur stipulatio, ut perspicuè docet Sæuola in l. si librarius. ff. de reg. iur. Si librarius in transcribendis uerbis stipulationis errasset, nihil nocere, quo minus & reus & fideiussor tenerentur. Conueniuntq; etiam alia nonnulla exempla, quibus docemur non debere eiusmodi errores, qui notariorum incuriæ tribui possunt, nobis ipsis præiudicium afferre, ut si notarius scripserit, partem filię relinquere certam iure restitutionis, cùm dicere debuisset, iure institutionis, uel cùm uellet dicere, pro sua legitima, dixerit, pro sua faleidia, uel si, pro Velleiano, Valerianum usurpauerit. Ita enim passim nostri interpretes concludunt Bald. in l. si cùm ante. C. de donat. ante nupt. in vers. & per hoc consului. Decius in d. l. si librarius. ff. de reg. iur. Iason in authent. nouissima nu. 30. C. de inoff. testament. Postremò eum nobis casum considerandum proposuimus, cùm tàm clarè expressum est, præcessisse interrogationi responsionem, ut
18 non possimus intelligere hosce terminos per errorem fuisse transpositos, quin sensus & structura uerborum huic interpretationi aduersetur. Et hoc solo casu concedimus uerum esse id quòd absolutè Iason affirmabat, inutilem scilicet esse stipulationem. Neque enim tàm facilè contingit, in tota structura uerborum, ut in uerbis transponendis, notarium errasse. Itaque hoc modo potest procedere, quod dicit Bart. in d. l. si librarius. ff. de reg. iur. non posse quidem notarij errorem nobis obesse, sed tamen in dubio illum errasse non præsumi, ac proptereà allegantì hunc errorem probandi onus incumbere. Quoties enim contra non extant probabiles aliquæ & legitimæ coniecturæ, pro
19 notario semper præsumitur, ut probat c. ad audientiam. extra de præscript. uarijsque etiam in locis nostri interpretes inculcant, Bald. & Ang. in l. errorem col. 1. C. de testament. Idem Bald. in l. Imperator, in princ. ff. de sta. homin. & in l. 1. iuxta fin. ff. de priu. dot. nec non, & in l. mater col. 2. vers. prætereà uerba C de rei uendic. Proinde
20 ne satis esset eum semiplenè probasse, qui hoc casu notarij errorem allegaret, sed liquidæ, ac plenæ ab illo probationes exigerentur; alioquin semiplenè probanti non deferretur iuramentum, in defectum probationis, ut inquit Abbas in c. quia uerisimile. arg. illius text. extra de præsumpt. Ang. in l. ult. ff. de eo quod met. cau.

A R G V M.

QVid ita lege inductum sit, ut non nisi interrogatione præcedente & sequente respõsione stipulatio consisteret. Et an saltem consuetudine hic ipse ordo remitti posit.

1 Qui interroganti respondet, magis deliberatò censetur respondere.

2 Multa dicuntur, quæ non animo obligationis, dispositionisve inducendæ fuisse dicta existimari debent.

3 Communis rationis necessaria declaratio.

4 Non est necesse ordinem interrogationis, ac responsionis, esse concludens argumentum animi deliberati, ut communis ratio sustineatur.

5 Cur non receptum fuerit in stipulatione, ut ex interuallo ad interrogata responderi posset.

6 Diluuntur ex prædictis, quæ contra communem rationem obiici solent.

7 Exceptionis & retentionis non ea causa est, quæ uulgò existimatur.

8 Falsum est iure Pontificio oriri actionem ex pacto nudo.

9 Posit ne consuetudine remitti ordo interrogationis, ac responsionis.

10 Legis, & consuetudinis par uirtus est.
11 Non rectè probat Socinus ordinem interrogationis, ac responsionis, expressa lege tolli posse.
12 Propositæ quæstionis determinatio.
13 Quomodò soleant castellani arcium Principi fideiussores præstare.

CAP. XXXII.

POsteaquam uidimus non seruato ordine interrogationis, ac responsionis non consistere stipulationem, proximum est, ut uideamus qua ratione id lex uoluerit esse in stipulatione necessarium. Quærit hoc idem Castrens. in hac Rubr. in 5. quæst. Atque eam rationem affert, quam & Bart. sentit in l.1.§. si quis simpliciter nu. 2. in fin. inf. eod. Dicit enim facere præcedentem interrogationem, ut qui respondet, magis deliberato animo promisisse uideatur, quam si alia ratione promisisset. Idq; satis nos docet experientia rerum (ut vulgò dicitur) magistra. c. quam sit, de elect. in 6. Quandoquidem uidemus solere alioquin multa multos improuidè offerre, non oblaturos fortan ijs, quos accepturos existimarent. arg. l. sciendum. §. ea autem sola. ff. de ædilit. edict. c. literarum. extra de uoto. Quod non tantùm in materia contractuum, sed etiã ultimarum uoluntatum, atque alibi persæpe admonemur, ut non omnia uerba animo obligandi, aut in modum disponendi interpretemur fuisse prolata. l. literæ. ff. de iur. codicill. & §. planè, vers. is ergo miles, instit. de iure codicill. cum alijs ibi allegatis. Hanc rationem Bartoli, & Castrensis probat hîc Alex. nu. 13. & 14. Item Socin. nu. 16. atque alij communiori consensu. Eandem sequitur etiam Lud. Roman. cons. 366. & 391. vbi hac ipsa ratione concludit, non posse confessionem illam, erroris specie reuocari, quæ aduersarij positioni facta fuerit, cùm enim initio non sponte, sed instante aduersario fiat, idcircò uidetur magis certum, ac deliberatum confitentis animum indicare. Nos quoque hanc communem rationem, ut uerissimam amplectimur, putamus tamen adhibendam esse illi quandam declarationem, quam uel facilè unusquisque per se colliget ex ijs, quæ nos supra docuimus cap. 10. Vt diximus non quidem semper deesse animum obligandi, quoties deest interrogatio. Item nec necessariò semper cum qui interroganti respondet, animo prorsus deliberato esse, ut obligari uelit. Nam hoc modo non potiùs stipulatio, quàm alia quælibet conuentio iuriscìuilis esset, ut nec pacti nudi inefficacia, quam tamen ipsi iuri ciuili tribuendam esse plenè, nos supra (quanuis contra aliorum sententiam) demonstrauimus. Verùm nostrarum legum autores, dum studerent quammaximè generales (quantum ad efficaciam obligationum) regulas constituere notulã nobis quandã, ac quasi tesserã tradere uoluisse, uidentur qua qui uterentur deliberato animo crederentur promisisse, alij uerò secus. Itaque signum, quod nobis leges huius rei causa præstiterunt, non est necesse per se quoque antea, & sola ipsius natura inspecta, eiusmodi fuisse, ex quo posset illud ipsum necessariò colligi, quod post illam ipsam legis, destinationem cœpit indicari. Propterea ergo cùm quærimus qua ratione lex uoluerit potiùs, ex ordine interrogationis, ac responsionis, quàm ex alia quacunque solennitate efficacem obligationem induci; ac dicimus hoc ideò factum esse, quia ex præcedente interrogatione magis animus deliberatus colligitur, non propterea dicimus hunc ordinem interrogationis, ac responsionis, si per se consideretur, ac non tanquam stipulationis solemnitas, eius rei necessarium argumentum esse, sed satis nobis erit illud demõstrasse, nullũ aliud probabilius signũ esse, ex quo colligi

colligi possit, eũ qui promittit, uelle sese obligare, ut paulò ante demõstratũ est. Quod verò anteà solaq; rerũ natura inspecta, probabile fuerat, nimirũ vt qui interrogatus statim pmitteret, deliberato animo promitteret, id posteà accedente legis adminiculo, ac præsumptione vsq; adeò certum effectum est, vt nulla contraria probatio possit impedire, quominus stipulatio inducatur, atq; ex ea oriatur actio, quamuis hæc actio exceptione tolli possit, vt in l. 2. §. circa. ff. de dol. except. Potuerat quidem lex quodcunq; aliud signum ita amplecti, vt ex eo nihilominus propter legis fomentum efficax obligatio oriretur, sed multò conuenientius fuit, id sibi legem proponere, quod per se etiam delibe-
5 rati animi præsumptionem afferret. Quæ præsumptio, vt tanto probabilior esset, non satis habuit interroganti responderi, sed voluit eodem contextu adhiberi responsionẽ. Quandoquidem si temporis interuallum aliquod intercederet, fieri posset, vt qui prius interrogauerat, iam mutasset voluntatem, fortè quia stomachatus esset, sibi non statim fuisse promissum, vt aduertit hic Ripa, nu. 2. vel quia alia aliqua ratione posse se rebus suis prospicere animaduertisset, ita vt non amplius re illa indigeret, quam primò in stipulatum deduxerat: quod de eo non præsumitur qui statim respondet. Posteaquam verò hæc solemnitas (vt dixi) à lege fuit inducta, hunc obligandi deliberatum animum, non tàm ea ratione præsumimus, quia ita rerum natura exigat, vt per se verisimile sit, velle obligari eum qui hoc modo respondet: sed quia ita lege constitutum est, vt qui hoc modo promiserit, deliberatè promisisse existimandus sit, ideoq; possit, vel inuitus
6 ad soluendum compelli. Hinc porrò facilè diluuntur omnia, quæ huic cõmuni rationi obijciuntur. Nam quod obijcitur posse etiam illum, qui non interrogatus promittit, animo deliberato promittere, nihil ad rem pertinet, satis est enim in dubio rectiùs hoc de illo præsumi posse, qui futuri creditoris interrogationi respondet, vt in cõstituendi stipulationis solemnitate, hoc potius quã aliud signũ nobis lex proponere debuerit. Non obstat prætereà, quod hac ratione inspecta posset concludi (vt nostri dicunt) ex pacto nudo non oriri naturalem obligationem, ideoq; nec rectè ex eo retentionẽ, atq;
7 exceptionem concedi: nam respondeo, exceptionis, ac retentionis causam longè aliam esse, ac Doctores existiment, eam verò conuentionibus planè omnibus, quantumuis nudis semper inesse, vt supra à nobis plenissimè demonstratum est, dũ de obligationibus generatim loquuti sumus. Vt verò actio oriatur, vim æquitatis maiorem lex exposcit, quæ post inuentam verborum solemnitatem, pactis nudis nunquam creditur inesse, vel si aliquando inesse possit, nisi de illis pactis loquamur, quæ speciatim ipsa lex certis causis adducta, tanquam legitima approbauit, l. legitima. ff. de pact. l. ad exactionem, cùm simil. C. de dot. promiss. Neq; obijciatur (vt nonnulli obiiciunt) debuisse non in certis tantùm casibus, sed semper dari actionẽ ex pacto nudo, quoties deliberati animi præsumptio aliqua extat. Nam si loquamur de actione ex stipulatu, clarum est eam non posse competere, quia præsumptio animi deliberati, stipulationis solemnitatẽ non perficit; Si verò loquamur de actione in factum, fateor illam dari debere, quoties ex causis, & personis colligi potest, æquitatem exposcere, vt promissor ad soluendum compellatur, arg. l. vlt. supra tit. prox. Quoties verò verborum solemnitas adhibita est, hoc satis argumenti est, ex quo concludamus eiusmodi æquitatem adesse, atq; hoc solo lex contenta est, Imò vel si contrarium demonstretur, non proptereà tamen lex denegat actionem, sed tantùm exceptionem concedit. Non obstat postremò quod dicitur, ideo semper in pacto etiam nudo animum deliberatum inesse oportere, quia videmus iure

iure Pontificio ex pacto nudo actionem oriri, ut frequentiùs receptú eſt, nos enim hoc 8
aſſumptum minimè admittimus; nam neq; in illo c. 1. extra de pact. unde uulgò illud
elicitur, neq; alibi uſquam probatur, Imò & rationi penitus aduerſatur, ut ſupra à no-
bis ſatis ſuperq; demonſtratum eſt. Reſtat nunc ultimum ex ijs tribus, quæ de ordine in-
terrogationis & reſponſionis ſupra propoſuimus; Vtrùm ſcilicet huius ordinis neceſſi- 9
tas conſuetudine remitti poſſit. Habet in hac quæſtione ſententia affirmatiua, autores
non contemnendos, nempe Bald. in l. de quibus. ff. de legib. Aretinum infra in l. 1. nu. 7.
circa medium col. 4. atq; ibidem Socin. nu. 3. Mouet Aretinum maximè manumiſſio
nis exemplum. Siquidem uerba quæ in manumiſſione antiquitùs neceſſaria fuerunt, ita
conſuetudine mox remiſſa fuerunt, ut poſteà per lictores domino tacente manumiſſio
expediri ſoleat, l. manumiſſio per lictores. ff. de manu uind. Nullam uerò exiſtimat
diuerſitatis rationem afferri poſſe, cur potiùs in manumiſſione, quàm in ſtipulatione
uerba ſolemnia conſuetudine tolli potuerint. Nec quicquam ſanè obſtat huic argumen
to, quod nonnulli dicunt, fuiſſe in manumiſſione illam conſuetudinem expreſſim lege
approbatam. Nam Hermogenianus in d. l. manumiſſio, utpote qui condendæ legis fa
cultatem non habebat (ut aliàs demonſtrauimus) id tantùm in animo habuit, ut con-
ſuetudinem iam inductam teſtaretur, non autem ut pro lege illam approbaret, quem-
admodum etiam ipſius uerba liquidò oſtendunt. Sed tamen alia de cauſa parùm ſtrin-
git hoc argumentum, ut paulò poſt dicemus. Argumentatur præterea Socinus à lege
ad conſuetudinem. Nam ſi lege (inquit) potuit induci, ut abſq; uerborum ſolemnitate
rectè fieret ſtipulatio ut in l. cùm oſtendimus. §. ult. ff. de fideiuſſ. tut. tantundem pote-
rit etiam conſuetudo, cùm nihil interſit ſuffragione populus ſeu Princeps uoluntatem 10
ſuam declaret, ut in lege fit, an rebus ipſis, & factis, ut fit in conſuetudine. Et ita argu-
mentatur Iulian. in l. de quibus. ff. de legib. At non rectè probat Socin. minorem hu-
ius Syllogiſmi propoſitionem, nimirum lege expreſſa, poſſe ex ſtipulatione tolli uerba 11
ſolemnia. Quandoquidem illa l. cùm oſtendimus. §. ult. quam ſolam ad hoc proban-
dum ipſe adducit nihil probat, quod non eò dico quia ibi nulla concurrant, ut recen-
tiores nonnulli reſpondent (nam ſi poſſet eo modo lex facere, ut ſine ordine interroga
tionis & reſponſionis ſtipulatio conſiſteret, poſſet etiam hoc facere illis non concurren
tibus) ſed quia nulla ibi adeſt ſtipulatio, ut ſupra demonſtrauimus, quamuis Vlp. exiſti-
met actionem utilem in factum dari oportere. Atq; ex hoc corruit etiam illud argumen
tum, quo ſolo adductus Bald. in d. l. de quibus, hanc ſententiam amplectitur, cùm con-
ſiderat ex nudis pactis, in quibus interrogationis & reſponſionis ordo non ſeruatur, ſi
modò illa fuerint à lege approbata, actionem oriri l. legitima ff. de pact. non enim ne-
gamus quin poſſit actio competere, etiam ubi non adſit ordo interrogationis & reſpon
ſionis, ſed tamen ubi is deſit, negamus ſtipulationem poſſe conſiſtere; Explicatione
potiùs quàm diſputatione uidetur mihi hæc res indigere. Itaq; cæteris omiſſis quæ dici
poſſent, exponam breuiter quid ego ſentiam. Ego minimè dubito, quin de conſuetu
dine idem ac de lege affirmandum ſit, cùm parē utriusq; uirtutem eſſe cōſtet d. l. de qui
bus. ff. de legib. Cùm uerò quærimus utrùm queat lex in ſtipulationibus remittere or-
dinem interrogationis ac reſponſionis, duobus modis hoc accipi poſſe animaduerto.
Primò ſimpliciter & hoc modo nego id legem poſſe facere, nam licèt poſſit ſtipulatio-
nem penitus è medio tollere, licèt etiam poſſit alium aliquem actum inducere, atq; eum
ſtipulationis nomine appellare; tamen ſi uelit ex ea ſtipulatione, de qua nunc loquimur
tollere

tollere ordinem interrogationis ac responsionis; & tamen stipulationis substantiam retinere, hoc nihil aliud erit, quàm aut testamenti in specie sumpti retinere substantiam sublata hæredis institutione, aut emptionis, & venditionis, sublata conuentione, de re, & pretio; aut deniq; hominis sublato discursu, atq; ratione, ac sanè clarius hoc est, quàm vt in eo diutiùs sit nobis persistendum. Aliò insuper modo possumus intelligere hoc quod dicitur lege, vel consuetudine tolli ex stipulatione ordinem interrogationis ac responsionis, nempe si lege, vel consuetudine esset inductum; vt non esset quidem necessarium hoc ordine exprimi verba in stipulatione; sed tamen tanq̃ eo modo expressa acciperentur, atq; in his terminis loquitur Hermogen. in d. l. manumissio, vbi; Verba (inquit) solemnia, licèt non dicantur, vt dicta accipiuntur. Tum vero crederem hunc ordinem posse remitti, ac nihilominùs ipsius stipulationis, & nomen, & substantiam retineri, quandoquidem licèt verè desint verba solemnia, tamen inspecta legis interpretatione, seu præsumptione, quæ contrariam probationem non admittit, nihil planè deesse existimatur. Atq; ita crediderim sensisse Benedictum de Plumbino, cuius meminit

13 hic Socinus, in d. l. manumissio, dum legis illius decisionem applicat ad castellanos arcium, qui ducunt fideiussores ad cameram Principis, vbi describuntur præsentes, & tacentes, aitq; illos perinde obligari, ac si principe interrogante respondissent. Videtur hoc idem mihi iam communi omnium vsu propemodum fuisse receptum; nam quia lege cautum est, ut quoties in instrumento scriptum est promisisse aliquem, perinde habeatur, atq; si interrogatione præcedente responsum esset. §. si scriptum Inst. de inutil. stip. Propterea rarò videmus hodie in stipulationibus interrogationẽ ac responsionem re ipsa adhiberi. Satis enim habetur, quod notarius scripserit prædicta omnia per solemnem stipulationem sibi inuicem partes promisisse. Quod verò in instrumenti scriptura receptum est, non uideo cur non, & ad alios casus consuetudine possit extendi, vt quoties hoc vel illud interuenerit omnia solemniter acta credantur.

ARGVM.

An sicut aliud quodcunq; factum, ita etiam factum contrahendi in stipulatum deduci possit, ita vt tàm ex stipulatione, quàm ex illo contractu actio oriatur; Vt cùm dictum est vendis? vendo. locas? loco. Item & in alijs contractibus, quæ interpretatio sumenda sit, quoties duo vel plures simul concurrere videntur.

1 Non debent in diffinitione generis exprimi differentiæ specierum constitutiuæ.
2 His verbis daturum, facturumuè à cæteris obligãdi modis stipulatio separatur.
3 Variæ stipulationum diuisiones.
4 Quænam inter cæteras stipulationũ diuisiones potissima sit.
5 Tripartita verborum ratio, quæ cum in stipulatione tùm etiam in quacunq; conuentione adhibentur.
6 Stipulatio inducitur, cũ quis interrogãti, promisit se venditurum, vel locaturũ.
7 In stipulationibus nõ semper necesse est, verba in futurum esse concepta.
8 Receptior sententia est his verbis vendis vendo non tantùm induci venditionem, sed etiam stipulationem.
9 Tertia quædam opinio refertur, ac reprobatur.
10 Duplici ratione plures simul contractus iungi possunt.
11 Multarum legum quasi conflictus, quarũ aliæ negant ex vnico actu plures cõtractus oriri, aliæ verò id affirmare videnť.
12 Concursus depositi & mandati.
13 Mutui & mandati.

14 Emptionis, & alterius contractus,
15 Locationis, ac stipulationis.
16 Ex triplici fonte contractus oriuntur.
17 Contractus omnium sex combinationes, tres vniformes, ac totidem difformes.
18 Mistura duorum contractuum, qui consensu perficiuntur, ita accipienda est, ut vnum tantum sit negotium.
19 Species illorum contractuum, qui re perficiuntur, sunt simul incompatibiles,
20 Nō rectè declarat Socinus quomodò cōtractus incompatibiles dici debeant.
21 Plures verborum obligationes nunquam simul concurrunt.
22 In mistura rei, & consensus, vnum tantū esse contractum iurisconsulti interpretantur,
23 Vter potius ex duobus contractibus inducatur.
24 Ex mistura rei, & verborum, in dubio inducitur stipulatio,
25 An cū ex mistura duplicis qualitatis vnicus contractus inducitur, vtriusq; qualitatis ratio habeatur,
26 Mistura verborum, & cōsensus dupliciter considerari potest.
27 Creduntur partes in dubio aliud potius voluisse stipulari, quàm quod contractu præcedenti continetur.
28 Quando antiquitus nouatio fieret, & Iustiniani hac de re constitutio.
29 Hæc quæstio, vtrum per verba vēdis uendo, inducatur stipulatio, à veteribus iurisconsultis non modo non decisa sed ne cogitata quidem esse potuit, & qua ratione.
30 Vtrum hic stipulatio, vtilitatis aliquid esset allatura si præter venditionem ipsa quoq; induceretur.
31 Qui succubuit in vna actione, quādo possit altera experiri.

CAP. XXXIII.

HAbet prætereà Pōpon. in hac sua diffinitione verba illa. DATVRVM, FACTVRVMVE, quibus, ostendit stipulationis vtilitatem, nullis limitibus esse restrictam, sed esse stipulationem generale remedium, ad quascunq; obligationes inducendas opportunum, siue illæ in dando, siue faciendo consistant. Itaq; licèt primo aspectu videantur hæc verba, varias stipulationis species indicare, neq; soleant in generis diffinitione exprimi eiusmodi differentiæ specierum (vt ita loquar) constitutiuæ: 1
tamen verà hac adiectione Pompon. non tàm stipulationes inter se distinguere voluit, quàm eas ipsas à cæteris omnibus contractibus, & conuentionibus separare, cùm nulla alia sit obligatio, quæ tam latè pateat, vt ad omnia prorsus rerū contrahendarum genera accommodetur, siue dari, siue fieri quid oporteat. Nam cætera omnia, vel in dando 2
tantum consistunt, vt mutuum, vel in faciendo, vt mandatum, conductio, & similes, sed quod generatim, itq; indistinctè in omnibus speciebus adhiberi possit, cùm ad aliquid vel dandum, vel faciendum nobis alium volumus obligare, nullū planè aliud remedium, præter stipulationem reperiemus. Verè etiam dicere possumus, ideò Pomponium hæc uerba hìc apposuisse, ne vlla ex parte deficere hæc diffinitio videri posset, sed omnes planè stipulationes apertissimè cōplecteretur, quarū generalis ea diuisio est, vt aliæ in dando, aliæ in faciendo consistant l. 2. in princ. infra eod. Si enim simpliciter dixisset, debere eum qui interrogatur promittere id de quo interrogatus est, potuisset aliquis forsan existimare, hisce verbis non factum momentaneum, sed tantum subsistens quiddam indicari. Præter hanc stipulationum diuisionem, quam nobis huius diffinitionis verba demonstrant, alias insuper nonnullas habemus, variè, ut subiecta materia exigit, à Iurisconsultis traditas. Diuiduntur enim alio modo stipulationes, vt quædam sint diuiduæ, quædam indiuiduę l. 2. §. & harum, vsq; ad finem legis, cum duabus ll. sequentibus, &

l. stipu,

l. stipulationes non diuiduntur, quam totam nos diuisionem infra in. §. Cato accuratè declarabimus. Aliter etiam stipulationes diuidit Pompon. infra in l. 5. antequam ad hanc ipsam stipulationis definitionem deueniat; inquit enim: alias esse stipulationes iudiciales, aliàs prætorias, alias conuentionales, alias denique communes, nempe & prætorias & iudiciales, cuius diuisionis singula membra diligenti explicatione ibidem prosequitur. Caius quoque infra eod. in l. stipulationum, diuisionem tradit à superioribus omnibus planè diuersam; aitque stipulationum quasdam esse certas, nimirum cùm ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantum sit, quod in stipulatum deducitur, ut si quis stipuletur, tritici Aphrici optimi modios centum: alias uerò incertas, quoties scilicet ex ipsa pronunciatione id non apparet, ut si stipuleris hominem in genere, uel frumentum, non adiecta certa quantitate, uel aliud aliquid eiusf-
4 scemodi. Sed quare (inquies) ex his omnibus diuisionibus unam tantùm Pomponius expressit, reliquas prætermisit? Iam dictum est non id ipsi propositum fuisse, ut stipulationes diuideret, neque enim in definiendo consentaneum id fuisset, sed voluisse potiùs hac adiectione stipulationes ipsas à reliquis obligandi modis separare. At uel si maximè unam aliquam diuisionem exprimerè uoluisset, qua stipulationes omnes complecteretur, summa tamen cum ratione hanc potiùs, quàm aliam quamcumq; assumpsisset, quemadmodum & compilatores in huisce tituli legibus disponendis eam nobis omnium primam tradiderunt. Quandoquidem hæc ipsa diuisio proximè, atque immediatè ipsarum stipulationum subiectum attingat, cùm quicquid in stipulatum deducitur, id vel ad dominij translationem, uel ad factum ipsum semper referatur, quod uerò illud sit certum uel incertum, quod sit diuiduum uel indiuiduum. Item & quæ ad alias diuisiones pertinent, sunt potiùs accidentia quædam, & qualitates, quæ uel ex hoc potissimum æstimantur, unde prima hæc diuisio constituitur, vtrùm scilicet res an facta in stipulationem deducta sint, eò enim id spectat ut cognoscamus ad quod prædicamentum referatur id, quod per stipulationem promissum est. Sic iam uidimus qua ratione in hac definitione exprimantur illa uerba, daturum, facturumuè. Quod uerò in futurum potiùs, quàm instans aut aliud quodcunque tempus ea uerba concipiantur, ratio in promptu est. Quandoquidem ipsius negotij explicationem atque exequutionem respiciunt. Nemo est enim quem prætereat
5 tripartitam esse verborum rationem, quæ in stipulatione, atque adeo etiam in quacunque conuentione adhibentur. Alia enim dispositionem inducunt, atque hæc semper tēpus instans debent indicare, ut promittis? promitto, spondes? spondeo & similia: alia exequutionem respiciunt, & hæc in futurum tempus concipienda sunt, ut daturum, facturum, iturum, ædificaturum, id quod & Accurs. aduertit in uerbo daturum. Idemque obseruandum est, etiamsi fortè uel dispositiua tantùm, uel tantùm exequutiua fuerint adhibita, ita ut alteris altera includantur. Nam semper nihilominus & dispositiua ad præsens tempus referenda sunt, vt habeo acceptum, profiteor te non teneri: exequutiua verò ad futurum, ut dabis? dabo, facies? faciam, & alia eiusmodi. Alia denique uerba in conuentionibus adhibentur, quæ neque dispositiua sunt, neque exequtiua, sed rem ipsam exprimunt, de qua conuenitur. Ac de his nihil certum statui potest. Siquidem ad uaria tempora contingit ea referri, pro earum rerum qualitate, quæ promittuntur, cùm & quæ habemus & quæ sumus habituri promittere soleamus, vt quod ex Arethusa natum erit, uel qui ex

tali fundo fructus percipientur l. ubi autem non apparet, infra eod. Iam uerò dubitari potest, nunquid Pompon. ea dictione, facturum, etiam contrahendi factum complecti uoluerit, ut emendi, locandi, & id genus alia: an uerò de ijs tantùm factis intellexerit, quæ nisi in stipulationem fuissent deducta, nullam per se obligationem producere potuissent. Atqui certè si ponamus uerba in futurum fuisse concepta ita vt quis promiserit, se uenditurum, locaturum, uel alio modo contracturum, nihil vi detur esse impedimento, quo minus ex stipulatione oriatur actio. Siquidem uerba illa uendere & locare, quæ alioquin per se disponere potuissent, ideo non disponunt, quia 6
in futurum tempus concipiuntur; unde præter stipulationem nullus alius contractus inducitur. At cùm uerba instans tempus indicant, ut uendis? uendo, locas? loco, ita ut induci possit uenditio uel locatio, quæ solo consensu fiunt: magis est quod dubitetur, an etiam stipulatio inducatur, ex qua pariter agi possit; Neq; uerò ea ratione dubitandum est, quam hîc nonnulli afferunt, nempe quia non possit stipulatio contrahi, ni- 7
si uerbis in futurum conceptis: imò enim satis est, si quod in posterum explicari debet, sub uerbis dispositiuis, atq; instans tempus indicantibus, tacitè contineatur, ut cum dicitur, fideiubes, fideiubeo. §. in hac, inst. eod. Sed quod hîc affert dubitationem, illud est, quia nunquam uidetur ea interpretatio sumenda, ut ex uno eodemq; facto actus disformes inducantur, ut aduertit hîc Bald. Nouellus nu. 31. Quod ipsum & Accurs. sentit in l. certi condictio. §. quoniam. ff. si cert. petatur, ubi etiam Bart. in l. 2. in 2. notabili eod. tit. si cert. petat. Videturq; hoc probari ex l. die sponsaliorum. §. 1. ff. depositi, alijsq; item nonnullis quas paulò post adducemus. At non id satis expeditum est, neq; enim desunt aliæ leges, quæ probant, ex eadem facti specie, posse duplicem contractum induci: Et propterea illis primis uidentur recto tramite aduersari. Itaq; facit huius rei difficultas, ut nostri interpretes in uarias sententias distrahantur. Baldus ipse Nouel. qui primus in hac rubrica, hanc quæstionem excitauit, licèt à permultis alibi tractatam, enixè defendit sententiam negatiuam col. 5. cum duabus sequentibus, nimirum ex his uerbis, uendis? uendo, solam uenditionem induci, non autem stipulationem, quam & Decius post Alex. amplectitur in l. 2. col. 2. & 3. ff. si cert. pet. At ipsius Baldi æmulus 8
Barth. Socinus non minore contentione contrarium defendere conatur, induci scilicet non tantùm contractum uenditionis, sed etiam stipulationis. Quod ipsum uel ab antiquioribus fuerat frequentiùs receptum. Ita enim senserant Iacob. de Rau. Cynus, Alber. de Ros. in l. hac consultissima. §. per nuncupationem C. de testament. Ludo. Rom. infra in l. 1. §. si quis ita, Raph. Cumanus in l. si stipuler, in fin. infra eod. ibique Alex. quoque sibi ipsi contrarius huic sententiæ subscribere uidetur, prout etiam in cons. 16. in 2. uolum. Atque hi omnes absolutè loquuntur, nec distinguunt, utrùm ita interrogauerim, promittis ne Stichum pro decem? uel potiùs hoc modo. uendis ne? &c. Licèt videatur hîc Alciat. communem opinionem velle restringere, vt priore casu tantùm obtineat. Præter hasce duas, tertia insuper quædam extat opinio, 9
quam vt nouam adnotat hîc Mar. Socinus num. 244. ut dicamus neque vtrumque contractum induci, ut frequentiùs receptum est, neque uenditionem ut Bald. Nouellus existimauit, sed solam stipulationem. Cùm uideatur is qui interrogat, alterum quidem ut sibi uenderet, obligare, at non sese contra uenditioni obstringere uoluisse. Esset sanè probabilis hæc opinio, si quis alterum ita interrogasset, num se uẽditurum promitteret. At cùm dixerit uẽdis Stichum pro decẽ? sicut statim uoluit illum sibi obligare,

consequens

consequens est, ut & illi sese inuicem protinus obligauerit, cùm negotij quod geritur ea sit natura, ut non aliter in alterius persona consistere patiatur obligationem, nisi alter quoq; obligetur. Itaq; tertia hac reiecta opinione, uideamus utra ex prædictis duabus magis recipienda sit. Quod vt planiùs intelligatur, illud ante omnia inuestigandum est, quomodo possint simul concurrere duæ conuentiones, ac simul ita connecti, vt singulæ illæ nihilominus efficacem obligationem producant. Neque uerò id nos eo mo-
10 do tantùm considerabimus, si duo contractus una & indiuidua verborum conceptione simul iungi uideantur, ut in his uerbis, uendis, uendo. Sed etiam si quacunque alia ratione eòdem respiciat, ac sub eadem facti specie plura contineantur, quæ alioquin per se singula singulos contractus inducere potuissent. Sicq; absolutè inquiremus, quomodò in casu mixto sit sumenda interpretatio, ut uel unus tantùm uel plures contractus inducantur. Quod ipsum & cæteri interpretes, in huius quæstionis disputatione attingunt, sed non rectè profectò explicât. Nam dum sibi inuicem cupidè aduersantur, multa temerè effundunt, quæ à Iurisconsultorum sententijs alienissima sunt. Atqui certè hac
11 in re Iurisconsultos ipsos tàm varios reperimus, vt illi propemodum inter se dissidere videantur. Primò enim mixta quasi specie mandati & depositi, utrumq; illorum contractuum induci haud obscurè sentit Vlp. in l. si ego. §. ult. ff. de iur. dot. ubi; Si custodia (inquit) marito committitur, depositi uel mandati agi poterit. Ergo & depositum
12 & mandatum ibi constare necesse est, alioquin absurdum esset, liberè ex alterutro agi posse. At contra leges extant apertissimæ, quæ hanc ipsam misturam depositi & mandati, ita interpretantur, ut solum unum contractum inducât, scilicet mandati, ita ut mandati tantùm agi possit. Vt l. 1. §. idem Pompon. & in. §. si te rogauero, cum. §. se-
13 quenti. ff. depositi. Ac de mutuo & mandato idem probatur in l. idemq; . §. si quis Titio. ff mandati. In emptione quoq; eadem perplexitas cernitur. Est enim interdũ cùm
14 emptio alterius contractus concursum admittere videatur, vt in l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. ubi ad retrouendendum non tantùm ex empto agitur, sed etiam præscriptis uerbis, quæ actio oritur ex contractu innominato; sicq; uidetur eadem facti species & emptionem & contractum innominatum complecti. At contra in l. 2 §. ult. ff. locati, & in. §. item quæritur. Inst. dè locat. ea sumitur interpretatione, ne cum altera actione, actio exempto concurrat, quasi uerò id absurdum futurum esset. Prætereà in l. cum dotem C. de iur. dot. liquidò probatur, posse uni & eidem facto duplicem contractum inesse. At contrarium uidetur probari in l. si ità fuero stipulatus. §. ult. cum l. sequent. ff. de nouat. ubi duplicis contractus substantia perfectè inest, & tamen Pompon. & Vlp. unum tantùm contractum esse interpretantur. Postremò ut propiùs ad quæstionis nostræ terminos ueniamus, quando scilicet stipulatio concur-
15 rit cum aliqua illarum conuentionum, quæ solo consensu perficiuntur: uidentur in hoc quoque Iurisconsulti inter se dissentire. Siquidem Paulus in l. duo societatem. ff. pro socio, ita loquitur ut absurdum iudicasse uideatur, ex societate simul & ex stipulatione, quæ pacto conuento societatis fuerat adiecta, posse actionem oriri, ideoq; eius absurdi uitandi gratia aliam potiùs quamcunq; interpretationẽ quæsiisse, nam ibi post pactum conuentum societatis, quidam ita stipulati fuisse proponuntur: Hæc quæ suprascripta sunt, ea ita dari, fieri, neque aduersus ea fieri: Atque ita postmodò subiecisse feruntur, si ea ita data facta non erunt, tum uiginti dari. Quamuis hîc expressim in stipulationem uideatur id quoq; deductũ esse, quod in pacto cõuento societatis

continebatur, tamen contrariam interpretationem sumit Paul. vt non videatur res in stipulationem peruenisse, sed duntaxat pœna, atq; ex hoc sequi dicit, societatis iudicio agi posse, quasi uerò non posset simul & ex stipulatu,& societatis iudicio agi, si vtraq; « res in stipulationem peruenisset, inquit ergo ipse: Non videri in stipulationem peruenis« se, sed duntaxat pœnam, non enim vtrius rei promissorem obligari, vt ea daret,faceret, « & si non fecisset pœnā sufferet: Et ideo societatis iudicio agi posse. Ergo ex hoc osten dit,si vtraq; res in stipulationem peruenisset,societatis iudicio agi non posse, & generaliter videtur loqui,etiam si non nouationis causa stipulati essent. Alioquin cogeremur fateri, non fuisse Paulum eam speciem complexum quando non nouandi animo vtraq; res in stipulatum deducta est. Videtur autem ab hoc dissentire Vlp. in l. 2. ff. de nouat. ubi generatim concludit, quoties cuicunq; contractui adijcitur stipulatio, duplicem obligationem induci,sicq; ex vtraq; causa posse agi, dummodò non hoc actum fuerit, « vt prima obligatio nouaretur. Dummodò sciamus(inquit)nouationem ita demum fie« ri, si hoc agatur, vt nouetur obligatio. Cæterum si hoc non agatur,duæ erunt obliga« tiones. Nos ergo quibus prædictas omnes difficultates explicare statutum est,ac simul etiā propositā quæstionem decidere; Vtrùm scilicet his uerbis,vēdis? vendo, sola venditio,an verò etiam stipulatio inducatur,nihil rectius facturi uidemur,quàm ut hasce omnes contractuum quasi mixturas,ad certa capita redigamus,atq; in ijs singulis explicemus, quomodo leges sumant interpretationem, ut uel unus uel plures contractus sint. 15

Considerandum est è triplici fonte contractus oriri; Nam aut re perficiuntur,aut verbis, aut consensu. Literas in præsentia missas facimus; siquidem illæ non per se obligationem inducunt, sed quatenus probant pecuniæ numerationem intercessisse, vt plenissimè alias declarauimus. Iam verò si conuentiones omnes, prout ex triplici fonte oriuntur, ita in tria genera diuiseris, ac deinde alterum genus, alteri copulaueris, sex inde combinationes, seu mixturas poteris animo concipere, quarum tres vniformes, 16 17 (ut ita dicam) ac totidem disformes erunt. Prima combinatio uniformis est, quoties in eodē facto videntur simul concurrere duo contractus,qui ambo consensu perficiuntur; velut si cum aurifice conueniam,ut ex auro suo certi ponderis, certæq; formæ annulos mihi faciat,& accipiat trecentos aureos, quo casu uidetur materiæ emptio,& uenditio, operæ autem,locatio,& conductio esse posse. Atq; hic habemus apertissimam Iuriscon- 18 sultorum sententiam,qui non plura,sed unum tantùm negotiū esse interpretantur,vt in l. 2. §. ult. ff. locati. & §. item quæritur. Inst. de locat. Neq; id sanè mirum, cum nec partes id in animo habuerint, ut duplicem obligationem inducerent, neq; utilitas ulla exigeret, ut lex,creditori duas eiusdem generis tribueret actiones, & quæ eodem prorsus spectarent. Altera esset combinatio uniformis, si iungerentur simul duo contractus re celebrati: Verū hoc fieri nullo modo potest. Quandoquidē eiusmodi contractus om 19 nes ita inuicē se habent, ut quod unius substantiā perficit,alterius substantiæ penitus aduersetur. Ecce enim cū deposito,uel cōmodato,in quibus nō trāsfertur rei depositæ,vel cōmodatæ dominiū,nō potest mutuū consistere,in quo transferri dominiū necesse est l. 2. §. appellata. ff. si cert. pet. Rursus nec depositū,& cōmodatum possunt simul concurrere,quāuis neutro illorum dominiū transferatur, quia depositum gratia dātis fit,commodatū uerò gratia accipientis,quę cum cōtraria inter se sint,in eodē subiecto simul esse nō possunt. Atq; hoc modo debemus intelligere formas cōtractuū incōpatibiles esse, 20 non quomodò intelligit Socin. hic nu. 18. qui putat in l. 1. §. idē Pōpon. §. si te rogauero

cum

cum §.seq.ff.deposit.ubi de deposito & mandato agitur,formas contractuũ esse incompatibiles. Neque enim omnia, sua natura incõpatibilia sunt, quæ legis interpretatione non simul in eadẽ facti specie inducuntur. Nã neque emptio, & locatio simul inducuntur, quoties ea sumi potest interpretatio, ut unum negotium sit; & tamen Cassius horũ contractuum formas compatibiles esse iudicauit.d.l.2.in fin. ff.cõmod. At contractus, qui re perficiuntur, tam contrarias habent qualitates, ut ne facto quidem ipso consistere simul queant. Tertia posset considerari combinatio,eaq; conformis,si una atque ea

21 dem facti species plures contineret uerborum obligationes. At neque hoc lege permissum est: Nam si duæ ab ijsdem contrahantur stipulationes, quæ eodem planè respiciãt non nisi semel, qui promittit obligatur. Nec sanè iudici necesse est prospicere ne nisi semel soluatur, quia altera obligatio protinus, atque ipso iure nulla est, ut disertè tradit Pompon. in l.qui bis idem inf. eod. Totidem,(ut dixi)combinationes possumus animo concipere non uniformes, ut quas proximè enumerauimus, sed quæ ex disformibus conuentionum generibus constituantur, atque ex harum numero illa quoque est, quæ propriè ad quæstionem nostram pertinet, ut suo loco uidebimus. Prima combina-

22 tio continet misturam rei, & consensus, ut pura mandati,& mutui,uel mandati,& depositi. Et in hoc quoque decisionem habemus planè superioribus consentaneam. Nã cùm hîc pariter uiderent iurisconsulti, nullam obligationum misturam spectasse contrahentes,sed quacunque meliori ratione prospicere sibi uoluisse,unum tantùm induci cõtractum interpretati sunt, illum uidelicet, quem eos ipsos,qui contraxerunt, maximè in animo habuisse iudicarunt. Vnde si tibi mandauero, ut rem ab aliquo,meo nomine receptam custodias, idq; tu feceris, quamuis huic speciei uideatur,& depositum,& mandatum inesse; tamen Vlp.post Pomponium in l.1.§.idem Pomponius.ff.deposit.putat mãdati tantùm agi posse, ac usus ratione, quoniam hîc est primus contractus. Sic igitur eam semper retinent interpretationem, ut unicum sit negotium,unus contractus,atque

23 ex eo una tantùm actio oriatur. Vter uerò potiùs inducatur ex duobus contractibus, quorum utriusque natura eidem facto conueniat, non certa regula definiri potest, sed hoc uanè iurisconsulti,ex uariis coniecturis æstimare solent, ut in hoc §. idem Pomponius, item & in alijs legibus fieri uidemus. Inter cæteras uerò coniecturas eam plerunque solent amplecti,ut quoties concurrit contractus bonę fidei,cum contractu stricti iuris, is contractus qui stricti iuris est,legis interpretatione præualeat. Siquidem is magis certus est, ut inf. suo loco docebimus. Est uerò rationi maximè consentaneum, ut quæ certiùs, ac magis speciatim à contrahentibus expressa sunt, potiùs attendantur. Itaque si tibi mandauero, ut ab actoribus meis mutuam pecuniam acciperes, licet mandati contractus uideatur præcedere, id quod alibi (ut uidimus) attendi solet, tamen oritur obligatio ex solo mutuo, quod certiorem naturam habet; quare non potero actione mandati, tanquam actione bonę fidei, usuras à te petere. Ita Vlp. in l.idemq;.§.si quis Titio.ff.mandat. ubi cum reddit rationem,cur mandati contra te agere non possim; quia de mutua pecunia (inquit) habeo te obligatum, quasi absurdum iudicet, ex

24 utroq; contractu actionem oriri. Alteram insuper disformem combinationem possumus considerare, quæ rei,& uerborum misturam contineat, ut puta mutui,& stipulationis; Et de hac combinatione non secus iudicatur, atque ut superius dictum fuerit; siquidem unum tantum hic quoque contractum esse leges interpretantur. Quocirca si pecunia mutuo data stipulemur, uel etiam post stipulationem,pecuniam numeremus,

sola

sola stipulatio tenebit, atque implendæ stipulationis gratia stipulatio facta esse intellige tur, ut dicitur in l. si ita fuero stipulatus, §. ult. cum l. seq. ff. de nouat. Non nego tamen, quin si stipulatio nulla esset, uel si de contraria contrahentium uoluntate coniecturæ ali quæ extarent, etiam ex numeratione actio oriri posset, iuxta no. in l. certi condictio, §. quoniam. ff. si cert. pet. Verùm in dubio rationabilius est ex stipulatione oriri obligatio nem, quàm ex numeratione. Nam ut Socinus hîc attingit nu. 18. numerationis actus nõ per se perfectus est, donec uerbis stipulationis, aperiatur, quem ad finem fuerit is adhibi tus. Attamen aduertendum est, quanuis hic quoque, ut in superiore combinatione 25 unicus contractus inducatur, tamen longè diuersa ratione hoc fieri; ibi enim cum ex mistura (gratia exempli) depositi, & mandati solum mandatum fit, custodia illa qua potuisset alioquin depositum induci nullatenus attenditur, sicq; ab ea mistura cogitatio planè omnis amouetur; at hîc utriusque qualitatis rationem habemus, hoc est non tantùm interrogationis, & responsionis, uerùm etiam numerationis, quam implendæ stipulationis gratia factam esse, interpretamur. In his terminis dicit Mandellus hîc nu. 156. non posse disputari quæstionem nostram de uerbis, uendis? uendo. At nos & de superioribus combinationibus omnibus idem affirmauimus, quas propterea etiam distinximus, ut quomodo hæc nostra quæstio accipienda esset faciliùs intelligeremus. Restat nunc ut ad eam combinationem demum ueniamus, quæ huius quæstionis propria est, atque ex ijs postrema, quas ex difformibus conuentionum generibus diximus constitui. Cum scilicet uerborum obligatio, illi iungitur obligationi, quæ solo consensu perficitur. Qua in re ante omnia aduertendum est duobus modis hoc considerari posse, quod iungantur simul duo contractus. Vno modo cùm stipulatio & con tractus, qui solo consensu perfici posset, circa eandem quidem facti speciem concurrũt, atque eundem finem respiciunt, non tamen ijsdem planè uerbis inducuntur, ut in casu l. duo societatem. ff. pro socio, si quod ibi in pacto societatis conuenerat, illud idem posteà sine animo nouandi, per stipulationem fuisset promissum, iuxta l. 2. ff. de nouat. Alio modo potest hoc considerari: Cum stipulatio & alius contractus qui re perficitur, non modo eadem facti specie, sed & eadem uerborum conceptione continentur, ut in hac ipsa quæstione, cum ita interrogatum, ac responsum fuisse proponitur, uendis? uen do, locas? loco. Quod attinet ad primum caput huius distinctionis, certum est, quid concludamus; nam quoties totum id quod actum est, ita sumi potest, ut unus contractus sit, & unam inducat obligationem, hanc maximè interpretationem iurisconsulti amplectuntur, quemadmodum & in superioribus omnibus casibus uidimus semper eos facere solere. Itaque quoties non prorsus apertum est, uerba stipulationis idem prorsus complecti, quòd priore cõtractu continebatur, creduntur partes aliud aliquid potiùs stipulari uoluisse, idq; ea ratione, ut ex singulis causis singulę tantùm obligatio nes oriantur. Ostendit optimè hoc Paul. in l. duo societatem, sæpius allegata. ff. pro socio. Vbi qui priùs perscripserant in pacto conuento societatis, quid fieri uolebant, ita stipulati sunt. Hæc quæ supra scripta sunt, ea ita dari, fieri, neque aduersus ea fieri, si ea data, facta non erant, tunc uiginti dari. Quæ uerba stipulationis, uidebantur posse complecti non tantùm pœnam, uerumetiam illud ipsum, quod in pacto conuento societatis perscriptum erat; tamen Paul. interpretatur illa prima uerba, Hæc quæ suprascri pta sunt, non simpliciter, sed sub conditione fuisse prolata, ac propterea non rem, sed duntaxat pœnam uideri in stipulationem peruenisse. Sic uidemus iurisconsultos con-

stantissimè

stantissimè id ubique seruare, ut quantum res ipsa patitur ex singulis negotijs singulas
tantùm obligationes oriri uelint. At uerò si uerbis stipulationis illud quoque apertissi
mè comprehendatur, quod ex alio contractu debebatur, tunc adhibenda est illa vulga
ris distinctio, ut si animo nouandi adhibita fuerit stipulatio, tunc tota res in stipulatio
nem uideatur translata; Si uerò non hoc agatur, ut nouatio fiat, duæ oriantur obliga-
tiones. l. 2. ff. de nouat. cum alijs quàmplurimis legibus illius tit. Quando autem id actũ
28 fuisse existimandum esset, ex uarijs coniecturis id ueteres æstimabant, uariasq; in hoc re
gulas, ac uarias distinctiones adhibebant, quas Iustin. attingit in l. ult. C. de nouat. fu-
siusq; explicat Theophilus in §. prætereà, inst. quib. mod. tollit. oblig. Sed Iustin. ipse
hasce omnes ueterum ambiguitates sustulit, statuitq; semper sine nouatione (quod soli-
tò uocabulo [illegible] dicũt) causam procedere nisi ij, qui stipulantur apertè uerbis
exprimant se nouandi animo stipulari. d. l. ult. C. de nouat. Ab hoc non aliena sunt,
quæ docet Bart. in l. singularia in 6. speciali, nu. 8. ff. si cert. pet. dum disputat. Quandò
stipulatio impediat oriri obligationem ex contractu, super quo apponitur. Et hæc quo
ad primum caput eius distinctionis, quę proximè tradita est. Alterum caput ad illam
speciem pertinebat, cùm & stipulatio & contractus, qui re perficitur, eadem planè uer-
29 borum conceptione contineri possunt, ut in istis uerbis, uendis? uendo. Atque hîc ue
rè mihi uideor affirmare posse, hanc speciem nullibi non modo decisam, sed ne conside
ratam quidem fuisse. Nam nec l. si stipuler. §. ult. inf. eod. ad hanc rem quicquam per-
tinet (sentiant alij quicquid uelint) ut suo loco demonstrabo. Quod uerò hunc casum
iurisconsulti non attigerint, puto duplici ratione factum fuisse. Primò quia hęc uer-
ba ad stipulationem non erant idonea, & hoc nostri non aduertunt, quod tamen ma-
ximi momenti est, ut posteà ostendemus. Prætereà quia uel si maximè fuissent idonea,
tamen ipsi iurisconf. non satis causæ esse putassent, cur stipulationem inductam esse su
spicaremur, quod responsionem præcederet interrogatio, cùm neque pactis, neque cæ
teris contractibus, qui solo consensu fiunt, ea fuerit forma præscripta, ut præcedentem
interrogationem continere non possint, quod optimè ostendit Vlp. in l. iurisgentium. §.
quod ferè. ff. de pact. Quare si quando constat partes non tantùm ex consensu uoluisse
obligari, sed etiam stipulari, uidemus tamen uerba stipulationis interpretatione coan-
gustari, ne rem in contractum deductam complectantur, atque ut ex primo contractu
tantùm, non autem ex stipulatu agatur, ut uidimus liquidò probari ex l. duo societatẽ.
ff. pro socio. Quanto magis hîc dicendum est, ex uendito tantùm agi posse, cùm nihil
sit ex quo colligi possit contrahentes stipulari uoluisse. Potestq; etiam ad hoc perpen
di quod disponit Vlp. in d. §. quod ferè. Ibi enim quæstionem proponit. An uerba
illa, quæ nouissima parte pactorum inseri solent: Nempe & prædicta omnia rogauit Ti-
tius, spopondit Męuius, pactionis tantùm, an stipulationis loco accipiantur. Atqui cer-
tè cùm de hoc dubitat, pro comperto illud habeat necesse est, non induci stipulationem
ex eo, quòd in actu uendendi præcedat stipulatio, cùm præsertim actio ex stipulatu, nõ
possit ab utraque parte competere, & tamen qui uendunt, pares ab utraque parte obli-
gationes credantur inducere uoluisse, ut rectè hîc nonnulli animaduertunt. Confirma
30 tur hoc præterea, quia si ex his uerbis uendis? uendo, stipulatio quoque induceretur,
perinde esset, ac si illud idem prorsus per stipulationem fuisset promissum, quod ex cau
sa uenditionis deberi potest, ut patebit ex ijs, quæ inf. dicturi sumus in illa quæstione.
Vtrùm stipulatio adiecta super contractu innominato, sequatur ipsius naturam. Itaque
non

non fuit necesse iurisconsultis de stipulatione disputare, quę uel si maximè inducta esset, tamen nihil prorsus utilitatis fuisset allatura. Quod & Baldus Nouellus hìc animaduertit, cùm inter cæteras rationes pro sua sententia illam adducit, ut dicat nihil referre, utrùm contracta fuerit stipulatio, uel minùs. Neque uerò obstat, quod respondet hìc Socin, nu. 18. nimirum utilitatem in eo positam esse, quia qui succubuit actione ex em- 31
pto, posset agere ex stipulatione. arg. l, si actor. ff. de iureiur. & l. 4. in fin. ff. de lib. leg. Nam hoc falsum est, cùm imò agenti ex stipulatione posset obijci exceptio rei iudicatę, quæ semper obstat, quando eiusdem rei prorsus uertitur quęstio, licèt diuerso actionis genere utamur. l. si quis cùm totum. §. & generaliter. l. cum quæritur, & l. de eadẽ re, ff. de except. rei iudicat. Videmus etiam licèt rei legatæ nomine tres nobis competant actiones: scilicet, rei uendicatio, actio ex testamento, & hypothecaria; quarum una ex dominio, altera ex testamento, tertia ex iure hypothecæ oritur, tamen legatarium qui in una succubuit, altera experiri non posse. l, cum filius. §. uarijs. ff. de leg. 2. unius enim electione, cæteræ tolluntur, ut etiam in l. quod in herede. §. eligere. ff. de tribut. Idq; generaliter obtinet quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, ut una tantùm quis experiri possit, quemadmodum Vlp. docet, in l. nemo. §. quoties. ff. de reg. iur. Quanuis uerò in terminis nostræ quæstionis actiones non essent eiusmodi, ut unius electione, altera ipso iure tolli posset, tamen exceptione saltem tollerentur. Alias leges contra Socinũ affert hic Crotus nempe l. si colonus, & l. penult. ff. arb. furt. cæs. & l. duobus. §. colonus. ff, de iureiur. A quibus Socin. Iunior hîc nu. 233. cum multis sequentibus conatur patruum defendere, sed satis ex predictis uidetur mihi hęc utilitas sublata, quam Socinus patruus afferebat; leges porrò ab illo allegatæ nihil ad rem pertinent, ut satis perspicuum est. Proinde si stipulatio nullam hìc utilitatem afferre potest, non est quod de ipsa stipulatione iuriscõsulti, uel suspicari quidem debuerint. Quoties enim ipsi requirunt, hæcne actio an illa inducatur, id propter usuras, uel aliam similem utilitatem inuestigare solent. l. die sponsaliorum, in illis uerbis, Quæsitum est propter usurarium incrementum. ff. depos. & l. idemq;. §. si quis Titio, cum sim. ff. mandat.

A R G V M.

QVomodo accipiendum sit responsum Pauli in l. si stipuler. §. ult. inf. eod. aliæque item leges nonnullæ, quæ contra quàm proximè conclusum est, uidentur probare ex unico facto duplicem contractum induci.

1 Si non ualet quod ago, ut ago, neq; etiam ualet, ut ualere potest.
2 Temporibus iurisconsultorum his uerbis uendis, uendo, locas, loco non poterat contrahi stipulatio.
3 In terminis si stipuler. §. ult. inf. eo, quæ uerba fuisse à partibus adhibita credibile sit.
4 Vt stipulatio ualeat, sufficit diuersitatem responsionis incontinenti placere.
5 Vtrùm absurdum sit legem indubitatam esse.
6 Oriri actionem ex solo consensu non nisi iure præcipuo admissum est.
7 Reijcienda est ratio dubitandi quam ad d. l. si stipuler. §. ult. Doctores accõmodãt.
8 Conclusiones ex prædictis aliquot colliguntur.
9 Quas regulas sibi proponant iurisconsulti, cum uel unum uel plures contractus ex mixta aliqua specie induci interpretantur.
10 Quæ ratio sit, cur ex æstimatione rei dotalis uenditio inducatur.

Conciliatur

11 Conciliatur ipsum responsum Pauli in l. si stipuler. §. ult. cum l. seq. §. si quis simpliciter, inf. eo.
12 Item cum §. si quis ita.
13 Quomodo illud accipiendum sit, quod nostra intersit plura habere remedia.
14 Declaratur l. si ego. §. ult. ff. de iur. dot.
15 Vtrùm actio ex præscriptis uerbis, possit concurrere cum actione proueniente ex contractu nominato.
16 Intell. l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. ex Alciato refertur, & reprobatur.
17 Pleniùs explicatur, quæ sit natura actionis præscrip. uerb. & an quādo concurrit cū alia actione, ambæ actiones ex uno, uel ex pluribus negotiis, oriantur.
18 Vtrùm actio præscriptis uerbis, & alia actio cum qua forte concurrat, subiecto eædem sint.
19 Quæ ratio faciat, ut præter actionem nominatam, etiam actionem præscriptis uerbis, leges concedant.
20 Quomodo possit unus, & idem contractus diuersis consideratis, diuersas actiones producere, hoc est uel propriam, uel præscriptis uerbis, apertissimo exemplo declaratur.
21 Verior explicatio d. l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit.

CAP. XXXIIII.

VErùm his quæ diximus, maxima cum ratione obijci poterit l. si stipuler. §. ult. inf. eod. ubi non tantùm uidetur Paul. hanc ipsam speciem considerasse, quam nos paulò antè negauimus, fuisse à iurisconsul. ullo in loco consideratam, sed etiam sentire uidetur, posse ex eadem uerborum conceptione, & stipulationem, & uenditionem, uel stipulationem, & locationem induci, inquit enim. " Si in locando, conducendo, uendendo, emendo ad interrogationem quis non responderit. Si tamen consenserit in id, quod responsum est, ualet quod actum est, quia hi contractus, non tàm uerbis, quàm consensu confirmantur. " Socinus, & alij hæc uerba, ita perpendunt; quia cum decidit Paul. ualere illum actum uti uenditionem, ac locationem tantùm, non autem uti stipulationem, ea sola utitur ratione, quia non est responsum ad interrogata, ergo à contrario sensu, si ad interrogata fuisset responsum, etiam stipulatio induceretur. ar. l. qui testamento. § mulier. ff. de testament. l. ex eo. de testib. c. qualis xxv. distinct. Neque uerò uidetur negari posse, quin ibi de stipulatione agatur; nam (ut idem Socinus animaduertit) careret alioquin omni dubitatione illius legis decisio, cùm apertissimum sit solo consensu perfici locationem, & uenditionem, l. consensu, sup. tit. prox. l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. sed quia propter interrogationem præcedentem, credebantur partes uoluisse stipulari, ea putatur dubitandi ratio esse potuisse, quia actus ille qui
1 non potuit ualere, ut stipulatio, neque etiam uidebatur ualere eo modo quo ualere poterat; Namq; hac ipsa ratione niti decisionem. §. si quis ita. l. 1. inf. eod. vulgò interpretes admittunt. Itaque hoc uno responso uidetur falsum conuinci, quod nos supra haud dubitanter affirmauimus, cùm diximus, iurisconsultis ipsis ne quidem unquam in mentem uenisse, ut ex his uerbis, uendis? uendo, stipulationis interpretationem sumi posse suspicarentur. Verumtamen non. propterea à priori sententia ulla ex parte recedimus eiq; non modò non aduersari Paulū, sed maximè potiùs suffragari existimamus. Quod ut rectiùs à nobis demonstretur, illud ponit ante omnia, neq; Pauli tēporibus, cuius nūc uerba nobis negotiū faciunt, neq; etiā Vlpiani, aut Modestini, qui tres iurisconsulti, eorū
2 omniū postremi fuerunt, quorū nomina nostris legibus adscripta sunt: nō horū (inquā) tēporibus potuisse hisce uerbis, locas? loco, uendis? uendo, aut alijs eiusmodi, uēditionē, aut locationē exprimētibus stipulationē fieri, sed fuisse adhuc necessaria uerba illa solēnia, quæ refert Iustinianus in §. in hac re. inst. eod. Siquidē Leo primus illā sustulit solēnitatem,

tatem,ut notissimum est.l.omnes.C.eod.§.sed hæc solemnia, inst. eod. At Leonem præ dicti omnes iurisconsulti non minore,quàm ccxl.annorũ spatio antecesserũt.Fuerũt uerò post Leonẽ quatuor tantùm Imperatores,ex ijs quorũ leges nos habemus,nimirũ Zeno,Anastasius,Iustinus,& Iustinianus, qui hac de re,ne cogitasse quidẽ se ullibi ostẽdũt, utrùm scilicet eadẽ uerborũ conceptione, stipulatio simul, & uenditio, uel locatio fieri posset; quippe qui nõ id sibi proposuerãt, ut scriberẽt in leges cõmentaria, & certa methodo,ac diuisione casus omnes cõplecterent, sed sola docti experientia,id tantùm constituebãt,quod causarũ usus in dies exigebat. Sed ne à re proposita digrediamur,cõpertissimũ est tẽporibus Pauli, ut nec aliorũ iurisconsultorũ,his uerbis uendis?uẽdo,locas?loco,neque alijs eiusmodi,sed certis tãtùm, ac solẽnibus uerbis stipulationẽ fieri potuisse. Quod cùm ita sit,rectè ex hoc concludit,uerba Pauli in d.§.si in locando,ita esse accipiẽda,ut ibi de stipulatione nequaq̃ agere uoluerit:dicit enim si in locãdo,aut uẽdẽdo &c. at uerbis locationis,& uẽditionis (ut dictũ est) stipulatio fieri tũc nõ poterit. Neque uerò possumus ĩtelligere,uerba ibi solẽnia stipulationis fuisse adhibita, hoc est, cõtrahẽtes, 3 stipulatos fuisse dari,fieri,quæ in uẽditione,seu locatione cõtinerent, prout in l.duo societatẽ.ff.pro socio,& in l.iurisgẽtiũ.§.quod ferè.ff.de pact. nam hoc modo,perfectã anteà fuisse locationẽ,aut uẽditionẽ oporteret. At ibi ponit, fuisse hosce cõtractus imperfectos,anteq̃ cõsentiret in id, quod responsum est. Quare necesse est, ijs uerbis fuisse factã interrogationẽ, quæ possent locationẽ,aut uẽditionẽ inducere,utputa uẽdis?locas? uel similibus. Potuissent quidẽ forsan ipsorũ cõtrahẽtiũ industria,uerba in eũ modum aptari, ut à uerbis solẽnibus nõ discreparẽt, & tamẽ locationi, & uẽditioni aliquo modo conuenirent, sed nemo poterit inficiari, quin hoc à mente Pauli alienissimum sit, nam cùm dicat,in locãdo, aut uẽdẽdo, nihil minùs sensisse existimãdus est,quàm ut uerba,quę in locãdo,& uẽdẽdo consueta sunt,excludere uoluerit. Itaq; nõ debemus illi decisioni eam intelligentiã afferre,quæ cõuenire non possit,quoties qui contrahunt locandi, aut uendendi uocabula usurpauerint. Hac ratione uidet mihi optimè probari, non eum esse sensum Pauli, ut de stipulatione ibi actum fuerit, sed ut de solis illis contractibus,qui consensu perficiunt. Quod ipsum ex eo quoque rectissimè demonstrat, quod recentiores hîc nonnulli animaduertunt; quia si de stipulatione ibi fuisset actum, aut si ijs uerbis potuisset contrahi stipulatio, ualuisset illa proculdubio, cum hîc quoque placuerit interroganti id quod fuerat responsum, ut in l.1.§. si quis simpliciter,in fin. inf. 4 eod. Stultum enim esset proculdubio, hanc decisionem ad illum casum coangustare, quando id quod responsum est,placuit ex interuallo,non quando incontinenti,cum & decisionis tenor, & ratio quam iurisconsultus assignat, & uerba ipsa, quę simpliciter, & absolutè prolata sunt, huic restrictioni apertissimè reclament. Huc postremò accedit, quod si de stipulatione ibi actum esset, non rectè diceret iurisconsultus, ualere quod actum est, cùm stipulatio non ualeat; quod si stipulationem quoque ualere sentiret, non rectè procederet illa ratio, quam statim adducit nimirum,quòd hi contractus consensu perficiantur. Ex his optimè tollitur prima illa inductio pro opinione contraria, dum à contrario sensu colligebatur ualituram stipulationem, si rectè ad interrogata responsum fuisset. Frustrà enim de stipulationis uiribus ibi disputatur, si de stipulatione ne cogitatum quidem fuit. Cùm alioquin ad ipsius ualiditatem satis fuisset, placuisse quod fuerat responsum, quanuis initio ad interrogationem promissor non respondisset. Durius forsan plerisq; esse uidebitur, neque

ita

ita facilè tolli posse, quod præterea dicebatur, fore alioquin indubitatam illius legis decisionem, contra l. quod Labeo.ff.de Carb.edict.& l. 1. in fin.ff.ad municip.Quod ipsum tamen (sententia mea) nihilomagis debet nos mouere. Primò quia quanuis negari non possit, quin probabilior interpretatio sit, ut id lege decidi intelligamus, quod alioquin dubium esse potuisset; tamen non ita generatim uidetur mihi concludi posse, nullas nos leges habere in hac tota Iustiniani compilatione, quarum decisiones per se dubitationis parum, aut nihil fuissent habituræ. Sunt enim maxima ex parte hæ leges desumptæ ex commentarijs ueterum iurisconsultorum, qui cùm nihil uellent in scribendo prætermittere, quod ad propositam sibi tractationem pertineret, ea complectebantur sępenumerò, quæ nullam dubitationem habere, ipsi quoque fatebantur, ut in l.procuratoris.ff.de trib. act. in l.quæris.ff.de nat.rest.in l.cæterum in fin. ff.de us. & habit. Quod & de legibus Codicis affirmandum esse contendit Io. Corrasius in l. si testamento.C.de impub.& alijs subst.Quare ut ad rem nostram redeamus, sicut cautum esse uidemus, hasce conuentiones, quæ consensu fiunt, sine scriptura, ac sine uerborum solemnitate fieri posse. Item posse fieri inter absentes per epistolam l. consensu sup. tit. prox.l.i.cum simil.ff.mandat. quæ ne illorum quidem qui hæc scribebant iurisconsultorum temporibus cuiquam dubia extiterint; non uideo, cur tam absurdum fuerit, Paulum generatim nos admonuisse in eiusmodi contractibus, nullum prorsus in contrahendo ordinem desiderari. Nam cùm iam clarum esset, hos contractus in eo differre à stipulatione, quia stipulatio non nisi uerbis solemnibus fieri poterat, uoluit illud quoq; Paulus omnibus testatum relinquere, in locatione, conductione, atque alijs eiusmodi contractibus, non modò non solemnium uerborum, sed ne ordinis quidem ullam
6 rationem haberi. Atqui certè hoc, quod hodie passim censetur indubitatum in emptione, scilicet & locatione ex solo consensu actionem oriri, iuris ciuilis regulis aduersaretur, nisi hoc iure pręcipuo in hisce conuentionibus receptum esset.l.1.§. permutatio. ff. de rer. permut. Quare ne quis fortasse existimaret, aliqua ratione hoc coangustandum esse, quod contra strictas iuris regulas fuisset receptum, credens propterea hunc consensum eo modo exprimendum esse, quo partes incipiunt contrahere, & ob id quoties incipiunt uerbis contrahere, debere saltem uerbis expressis (quanuis sine ordine interrogationis, ac responsionis) alteram partem consentire, nec sufficere consensum quocunque modo expressum. Iustin. ut hanc, & alias planè omnes eiusmodi in posterum dubitationes tolleret, non ab re duxit esse, iurisconsulti responsum aliquód nobis proponere, quo quid hac in re sentiendum esset, apertè doceremur. cùm & ab ijsdem iurisconsultis alios notissimos terminos, ac multo magis indubitatos acceperimus. Concludamus ergo primò quidem non semper uerum esse, quod nostri generatim affirmant; dubia esse oportere quæcunque legibus comprehendantur. Præterea uerò nec prorsus recipiendum esse, quod plerią; sentiunt, indubitatam fore decisionem
7 huius.§. si in locando, nisi concedamus de stipulatione ibi actum fuisse. Huc accedit quod, uel si maximè ibi de stipulatione actum fuisset, non tamen concedendum esset, ex hoc ipso rationem dubitandi desumi posse, prout ipsi desumunt.arg.l 1.§.si quis ita, inf. eod. Siquidem ab omni ratione, & ueritate alienissimum est, quod credunt vulgò nostri interpretes, ideò in §.si quis ita, non oriri ex cõsensu naturalem obligationem, quòd initio stipulari uoluerint, qui posteà paciscuntur. Imò.n.inutilis stipulatio utile habet pactum.l. si unus.§. acceptilationis.ff. de pact l. an inutilis.ff. de accept. At specta-

uit id proculdnbio Vlp. quod ibi Cumanus animaduertit, nempe nutum esse signum equiuocum, neque tantam consensus certitudinem afferre, ut natura æquum sit eum teneri, qui præsens tacuisse, ac sine uerbis tantùm annuisse proponatur, Quod & infrà nos attingemus. Iam uerò possumus ex prædictis omnibus nonnullas colligere conclu 8
siones, quibus non tantùm nostræ quæstionis decisio, sed etiam propositarum omniũ difficultatum explicatio continebitur. Prima sit, debere nos in dubijs, eam maximè interpretationem amplecti, ut unum negotium sit, utq; ex uno tantùm contractu agatur. Ita enim uidemus passim iurisconsultos respondere, dummodo huic interpretationi nihil impedimento sit, ut in l. 2. §. ult. ff. locati. Et §. item quæritur, inst. de locat. in l. 1. §. itē Pompon. & §. si te rogauero, cum §. sequent. ff. deposi. in l. idemq;. §. si quis Titio. ff. mandati, in l. si ita fuero stipulatus. §. ult. cùm l. seq. ff. de nouat. Quibus omnibus in legibus, intelligo ego qualitates illorum contractuum, qui concurrere uidentur, simul esse compatibiles. Nam si essent incompatibiles, ut Socin. hîc nu. 18. de nonnullis affirmauit, neque etiam facto ipso simul concurrerent. Huic uerò pronunciato, puto quandam declarationem esse adhibendam, qua facilè diluentur, ea planè omnia, quæ contra illud afferri possunt. Satis omnibus perspectum est, semper legem, cum 9
ea interpretantur, quæ à contrahentibus dicta, aut gesta sunt, attendere illud potissimum, quod nos ipsi contrahendo in animo habuimus, atque illud quàm maximè ratum esse uelle. Quoniam uerò euenit interdum, ut aliquid intendamus, quod non illius ipsius contractus, qui geritur, sed alterius potiùs naturæ conueniat. Ideo tunc lex animaduertit, possit ne contractus ille, qui geritur ita ampliari, ut in eo, quod præter illius contractus naturam adiicimus, eiusdem actionis ope nobis satisfieri possit, & tunc unum tantùm contractum esse statuit, Quod si minus id fieri posse uideat, tunc potiùs concedit, ex utroque contractu agi posse, quàm ut irritum illud esse patiatur, quod nos in contrahendo spectasse uideri possimus. Prioris capitis exempla sumi possunt, ex illis omnibus legibus, quas paulò antè adduximus, ac præsertim ex l. 1. §. quod si rem. ff. mandat. in qua plenius accipitur mandatum; ut ijs qui contraxerunt cumulatè prospectum sit. Quod si rem (inquit Vlp.) tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, uidendum est, utrum depositi tantùm, an mandati actio sit, ut Pomponius dubitat; puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens, & custodiæ legem. Posteriori capiti rectè accommodatur, exemplum l. quoties. ff. de iur. dot. & l. cum dotem. C. de iure dot. ubi quoties res æstimata in dotem datur, non tantùm contractus dotis, sed etiam uenditio inducitur. Ratio est, quia 10
non poterat contractus dotis ita ampliari, ut ipsi mulieri undequaque satisfaceret; quemadmodum uenditio, quam æstimationis factum respiciebat. Siquidem non poterat contractus dotis facere, ut res datæ, mariti periculo essent, neque ut euictionis nomine, qui dotem dedisset teneretur. l. 1. C. de iur. dot. Quare non mirum est, si ibi qualitas æstimationis, ita accipitur, ut per se diuersum contractum inducat, quanuis alibi, ut uidimus, contraria interpretatio sumatur. Secunda conclusio est, in casu. l. si sti puler. §. ult. inf. eod. de stipulatione nihil actum esse, ut multis argumentis fuit demonstratum. Hinc conciliatur responsum illud, cum responso Vlpiani inf. in l. 11
1. §. si quis simpliciter in fin. quò loci stipulatio ualet, si responsionis diuersitas incontinenti placuerit: neque enim mirum est; si non etiam in d. §. ult. ualet stipulatio,

latio, licèt consentiatur in id quod responsum est, quia ibi de stipulatione nihil fuit
12 cogitatum. Eodem modo etiam posset conciliari, cum. §. si quis ita; si communem illius.§. intelligentiam reciperemus, nempe ibi, proptereà nullam induci obligationem, quia cũ uoluerint initio stipulari, actus qui non potuit ualere, ut stipulatio, neq; etiam ualuit ut ualere poterat: possemus. n. dicere idcircò in. §. ult. non idem disponi, quia uoluerunt ibi contrahentes locare tantùm, aut uendere, non autem stipulari. Verùm hæc conciliatio non est necessaria, quia (ut supradiximus) communem intelligentiam illius.§. si quis ita, omnino falsam esse existimamus. Tertia est conclusio, stipulationem in dubio ita esse accipiendam, ut non comprehendat id, quod præcedenti aliquo contractu, continebatur, ut rectè probatur in l. duò societatem.ff. pro socio Quam interpretationem certè lex non amplecteretur, si nostra interesset, posse non tantùm, ex præ-
13 cedenti contractu, sed etiam ex stipulatione agere. Vnde intelligitur non esse hic locum illi regulæ, quod intersit nostra plura habere remedia. Illa enim procedit quoties plures actiones, uel si eiusdem rei nomine competant, tamen diuersa nobis præstant media, quibus eam ipsam rem consequi possimus, vt in l. cùm filius §. uarijs. ff. de leg. 2. ubi quæ proponuntur actiones, uaria respiciunt, Siquidem actione ex testamento, hæredis personam conuenimus, uendicatione, rem legatam persequimur, hypothecariam in cæteras res intendimus. Quarta est conclusio, nostram hanc quæstionem de uerbis; uendis? uendo, locas? loco, antiquis Iurisconsultis cognitam esse non potuisse. Ideoq; non rectè ipsorum leges à nostris allegari. Quinta, & ultima est, ex his uerbis, uendis talem rem pro decem? uendo, uel locas? loco, solam uenditionem, et locationem, non autem stipulationem induci. Quæ conclusio, ut & prædictæ omnes, probatur rationibus superiùs adductis, quas hîc repetere, haudquaquam necesse est. Hinc iam intelligimus illas leges omnes simul optimè conciliatas esse, quæ paulò antè inter se prorsus contrarię uidebantur. Conciliantur enim ex ea maximè distinctione, quam ad primæ conclusionis declarationem adhibuimus, cùm diximus, tunc legem à solita interpretatione recedere, atque ex duplicis naturæ quasi mistura, duplicem contractum inductum esse interpretari; cùm unius contractus natura non ita ampliari potest, ut planè ex eo contrahentium intentioni satisfieri possit. Restant tamen duæ leges, quæ adhuc viden-
14 tur obstare; Obstat primò l. si ego.§.ult.ff.de iur.dot.ubi si rerũ parafernaliũ custodiam marito uxor cõmittat, depositi, uel mandati agere poterit, oritur ergo actio ex utroq; contractu, & tamen mandatum pleniùs accipi poterat, ut & custodiæ legem contineret, sicque idem quod depositum præstaret, ut in l. 1. §. quod si rem. ff. mandati, quæ directo tramite huic uidetur aduersari. Ego illam puto esse uerissimam responsionem, ut dicamus, non habere mulierem eodem casu actionẽ mãdati, aut deposi, ita ut utramuis eligere possit. Etenim Vlp. ibi plures casus enumerat, qui contingere possunt, ac singulis casibus singulas actiones accommodat, quæ tamen actiones, neq; etiam electiuè simul concurrunt. Nam si animo amouentis, maritus hasce res retineat, rerũ amotarum agetur, quod si non amouere eas connisus sit, agetur, ad exhibendum. Verùm anteaquam ueniatur ad has actiones, iuber Vlp. illud animaduerti, vtrùm custodia marito fuerit commissa; nam tunc depositi, inquit, uel mandati agi poterit; ego non uideò quid hîc inpediat, quominus intelligamus, hisce actionibus non simul, atque eodem casu, sed in suis terminis locum esse, ut de reliquis duabus actionibus, scilicet rerum amotarum, & ad exibendum proximè dicitur arg. l. si seruus plurium.§.ult. ff. de leg. 1. Cùm enim

non appareat ex natura istarum actionum ibi quicquam immutari, eodem modo accipi debebunt, quo & in alijs legibus accipiuntur, arg. l. nō est nouum. ff. de legib. Itaq; intelligemus tunc mulierem agere depositi, cùm simpliciter deposuit, & custodiam dedit: cùm uerò mandauit, fortè ut de his rebus aliquid faceret, quod si minùs posset, eas custodiret, uel ut ab aliquo receptas custodiret, ut in l. 1. §. quod si rem, & in §. Idē Pomponius quærit, proximè seq. eo. tit. ff. mand. tunc dicemus mandati tantùm agi; sed pleniùs hîc quoque accipi mandatum, ut & custodiæ legem habeat. Postremò uidetur adhuc obstare l. 2. C. de pact. inter emp. ac uendit. ubi si hæres emptoris conuentioni de retrouendendo non paruerit, ut contractus fides seruetur, actio præscriptis uerb. uel ex uendito contra illum tibi dabitur. Ecce, actio præscript. uerb. quæ oritur ex contractu innominato concurrit cum actione ex empto, & tamen ad idem utraq; intenditur, neq; plus una præstat quàm altera. De concursu huiusce actionis præscriptis uerb. 15
cum alia actione proueniente ex contractu nominato, inter nostros interpretes solet esse contentio. Alciat. lib. 5. paradox. cap. 1. contra quàm cæteri sentiant, existimat, nunquā posse concurrere actionem præscriptis uerbis, cum alia actione quæ ex contractu nominato oriatur, idque probat ex l. quoties. ff. de præscrip. uerb. alijsq; ll. ab ipso allegatis, & ad hanc l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. respondet, propterea ibi actionem pręscript. uerb. dari: quia cū pactum illud ad resoluendā emptionem pertineret, durum uidebatur ipsius gratia ex empto agi posse, sicque actionem ex empto, quæ robur contractui dare solita est, in eius dissidium usui esse. Verùm quia propter hoc pactum potuit res minoris esse uendita, ita ut hoc pactum quodammodo pars pretij sit, idcircò etiam ex uendito agi posse, propter regularem naturam pactorum, quæ ex contractu actionem informant. Sed uidetur in hoc mihi Alciat. sese ipse inuoluere ac pugnantia loqui; Primò enim iudicat absurdum propter pactum, quod de resoluenda emptione factum est, ex empto agi posse, & propterea uult agi prescriptis uerb. Postea dicit quoties hoc pactum pars pretij est, hoc est, quoties propter eiusmodi pactum, minoris uendita est, posse agi ex empto, cum tamen hîc quoque uigeat illud absurdum, ac nihilominùs pactum ad uenditionis recisionem spectet, neq; quicquam impediat, quominùs actio præscriptis uerbis, hoc quoque casu competat. Præterea sentit Alciat. duas illas actiones, nempe ex empto, & præscriptis uerb. non nisi separatis casibus modò unam modò alteram competere; ex empto, quando pactum pars pretij fuit: præscriptis uerbis, quando non fuit, uel an fuerit, dubitatur. Quod ipsum à mente Imperatoris in illa lege alienissimum est: Siquidem is à Charisio quodam consultus, de indiuidua illa facti specie, utramq; ex his actionibus, quamuis alternatiuè, hoc est uel actionem ex empto, uel præscriptis uerb. ipsi competere rescripsit, ut eiusdem illius contractus fides impleretur. Aliam huius rei declarationem affert Steph. Forcatulus dial. 91. dum distinguit, utrùm habita ratione pacti ad contractum, contractus innominatus resultet, uel minus. Quæ distinctio non tollit difficultatem, nec rectè aperit (ut mihi uidetur) quid hac in re senserint Iurisconsulti. Nos igitur aliam putamus esse ueriorem huius rei explanationem, ex qua (nisi 17
fallor) intelligetur illam l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. nihil prorsus ijs quę supra diximus aduersari. Diximus supra leges in dubio eam sumere interpretationem, ut unum tantùm negotium sit, atque ex uno contractu agi possit. Non tamen negauimus, quin plures simul actiones concurrere possint: Imò enim uidemus cum actione mandati, negotiorum gestorum, societatis, alijsque omnibus, ex quibus certum petitur

petitur certi condictionem concurrere poſſe l. certi condictio. ff. ſi certũ petat. At iſtæ non arguunt diuerſa eſſe negotia, ſed ex uno eodemque negotio proueniunt. Proinde cùm nos in præſentia conſideremus, an & quando ex mistura duplicis negotij unus uel plures contractus inducantur, reliquum eſt, ut ciuſmodi actiones, quæ ex uno contractu proficiſcuntur, nihil ad rem noſtram pertinere fateamur. Sed uideamus utrùm actio ex empto, & præſcriptis uerbis, quæ ſimul concurrunt in d. l. 2. ex uno tantùm, an ex duplici negotio prodeant. Dices forſan illas prodire ex duplici contractu, cùm actio ex empto oriatur ex emptione & uenditione, & actio præſcrip. uerb. ex contractu innominato. At ego licèt non negem contractum emptionis eſſe, ex quo oritur actio ex empto: item contractum innominatum eſſe, ex quo oritur actio præſcript. uerb. in ea tamen ſententia ſum, ut putem ſubiecto eundem eſſe contractum, ex quo tàm hæc, quàm
18 illa actio oritur: Imò verò ampliùs puto iſtas actiones ſubiecto nihil interſe differre. Sentio quidem hoc pleriſq; mirum, quin & planè abſurdũ uiſum iri: Sed ſpero fore, ut neq; mirum, neq; abſurdum illis uideatur, qui attentiùs hæc quæ dicturi ſumus conſiderauerint. Conſiderandum eſt ſemper actionem oriri, quoties alicui conuentioni, uel propter συνάλλαγμα, uel alia de cauſa, tantùm ineſt æquitatis, ut compelli debitorem ad ſoluendum naturali rationi conſentaneum ſit, arg. l. iuriſgentium, in fin. princ. ff. de pact. uerùm quia tanta eſt negotiorum, conuentionumque uarietas & multitudo, ut neq; ad certas ſpecies redigi, neque certis nominibus appellari potuerint: ac propteteà nec certæ ipſis actiones potuerint aſſignari. Propterea nonnullis tantùm conuentionibus, quibus ſcilicet potuit, cùm certa nomina, tum certam quoq; naturam lex tribuit. Quoties
19 autem proponuntur contractus, quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ ſint: tunc ciuili actione in factum agi uoluit, quæ communi nomine, præſcriptis uerbis appellatur; l. 1. cũ tribus ſequent. ac fermè paſſim. ff. de præſcrip. uerb. & hæc ſanè notiſſima ſunt. Iam verò cùm dubia interdũ aliqua ſpecies Iuriſconſultis, aut Imperatoribus etiam proponebatur, ſolebant ipſi ante omnia animaduertere, utrùm poſſet illa ad nominatum aliquem contractum referri, & reſpondebant oriri actionem ex illo contractu, quæ actio erat nominata, ac certam formam habebat. Quod ſi id fieri non poſſe uiderent, uel ſi id dubium eſſet, tutiùs eſſe dicebant agi præſcriptis uerbis, ne ſi certi illius, quem quis propoſuiſſet contractus, cauſam minùs probaſſet, in eo iudicio ſuccũberet. Quare Vlp. in l. ſi gratuitam, illo tit. de præſcrip. uerb. Si gratuitam (inquit) tibi habitationem dedero, an commodati agere poſſim. Vlpianus ait poſſe, ſed eſt tutiùs præſcriptis uerbis agere. Sic & Paul. in l. naturalis. §. ſed ſi facio, in fin. ff. de præſcrip. uerb. Sed tutiùs erit, & in debitoribus exigendis, præſcriptis uerbis dari actionem, quæ actio ſimilis erit mandati actioni, quemadmodum in ſuperioribus caſibus emptioni & locationi. Sic uidemus queadmodum iuriſconſulti in eiuſcemodi dubijs ſpeciebus, quæ alicuius contractus inſtar habent, non tamen illi prorſus conuenire uidentur, ſolent (ut cautè loquantur) alternatiuè loqui, dicentes, aut competere actionem ex contractu aliquo nominato, aut actionem præſcriptis uerb. Actionem quidem ex contractu nominato, ſi probari poſſit in propoſita ſpecie illius contractus formam adeſſe, ſin minùs, actionem præſcriptis uerbis. Habemus hoc in l. ſi conuenerit. ff. communi diuidundo. Item in l. Labeo ſcripſit. ff. de contrahen. empt. Ac deniq; etiam in d. l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. puto propter eandem rationem Alexandrũ Imperatorẽ uti illa alternatiua, cũ dicit præſcriptis uerb. uel ex uẽdito dari actionem, ut cõtractus fides ſeruetur, quantum

tum ad conuentionem de retrouendendo. In his omnibus legibus quamuis competat duplex actio, tamen verè affirmari posse arbitror, contractum ex quo oritur actio, subiecto unum esse. Nam cum, gratia exempli, gratuitam do tibi habitationem, non hîc possumus considerare, nisi unum contractum; sed si possimus demonstrare hunc esse contractum commodati, actio quæ inde oritur, erit nominata, & certam habebit naturam, erit enim actio cõmodati; Verùm si id minus obtinere nos posse confidamus, hunc scilicet esse contractum commodati, actio inde oriens, erit innominata, ac generali tantùm nomine, appellabitur actio præscriptis uerb. Sed quamuis & contractus, & actio diuersè considerari possint, tamen non idcircò subiecto inter se differunt. Atque ut hoc uel planè rudes intelligant, notissimo exemplo utar. Sunt inter reliquas monetas coronati quidam, qui uel si non magnitudine, tamen æstimatione, ob auri scilicet ipsius qualitatem, cæteris coronatis præstant. Fac me eiusmodi aliquem habuisse, sed ob notas forte attritas, uel alia quacunq; de causa non potuisse probare, ex eorum numero illum esse, qui cæteris communem notam habentibus, ualore antecellat, ideoq; inuenisse aliquem, qui in rerum quarumpiam uenditione, pro communi illum accipere, negari non potest, quin diuersè is fuerit sumptus, & quin propterea fuerit ipsius æstimatio uariata, attamen subiecto unum eundemq; esse coronatum, nemo non intelligit. Persimilis ergò & contractus ratio est; Iniui ego contractum, quẽ quia diffido receptum iri ut contractum nominatum, qui certam, ac nominatam mihi præstet actionem, propono illum saltem ut contractum innominatum, id quod tutiùs esse uidimus, atq; ob id utor actione præscriptis uerbis. Videor mihi hîc quoq; affirmare posse subiecto eundem contractum esse, atque idem ius persequendi, quamuis sub alia forma proponatur. Ex hoc porrò intelligitur traditionibus nostris non obstare id, quod Imper. disponit in d. l. 2. Quamuis enim dicat, ex uendito, uel præscriptis uerbis agi, non tamen inter- 21
pretatur esse duos contractus, qui simul ambo consistant, sed intelligit unum esse contractum, qui si accipiatur, ut nominatus, hoc est ut pars emptionis, parit actionem ex empto, alioquin poterit saltem accipi ut contractus nominatus, ac quæ ex eo oritur actio, erit actio præscript. uerb. At longè secus res sese habet, quando lex interpretatur duplicem esse contractum, ut in l. quoties. ff. de iure dot. ibi enim uerè adest tum dotis contractus, tum etiam uenditionis, neq; potest dici unus & idem, qui diuersè accipiatur, ut in l. gratuitam, & in l. naturalis. §. sed si facio. ff. de præscript. uerb. in l. si conuenerit. ff. comm. diuidun. in l. Labeo scribit. ff. de contrahend. empt. & deniq; in hac l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit.

A R G V M.

NON omnes planè stipulationes inutiles esse, quæ alieni facti uideantur promissionem continere. Et an stipulationibus, quæ uerè ea de causa inefficaces sunt, iuramenti præsidio succurri possit.

1 Multum refert, utrùm quis aliũ facturum promittat, an se facturũ, ut alius faciat.
2 Ne fideiussor quidem potest rei principalis factum promittere.
3 Quinam sint qui possunt alteri stipulari.
4 Qua ratione in prætoriis stipulationibus non improbetur alieni facti promissio.
5 An in illis stipulationibus, dolum abesse, iter fieri, & habere licere, uerè dicatur alienum factum promitti.

m

Non

6 Non creditur alienum factũ promittere, qui promittit factum hæredis.
7 Quare possit quis promittere, alium pro se fideiussurum.
8 Vtrũ facti alieni stipulatio, quę regulariter inualida est, iuraméto cõfirmet, & n u. se.
9 L. Cum pater. §. filius. ff. de leg. 2.
10 Iuramenti uires, non ex ueterum Iuriscõsultorum legibus æstimandæ sunt.
11 Varii iuramenti effectus recensentur.
12 Sẽper iuramentũ seruandũ est, dũmodò id sine animarũ præiuditio fieri possit.
13 In responsione id subintelligitur, quod in interrogatione expressum est.
14 Vtrum, qui stipulanti Stichum, & Pamphilum, respondet se in Pamphilo dissentire, saltem quoad Stichum obligetur.
15 Expressum dici põt, quod ex expressis, quãuis adhibita interpretatione colligitur.
16 Etiam si responsio minùs contineat partẽ eius, quòd cõtinet interrogatio, tamẽ propter diuersitatem uitiatur stipulatio.

CAP. XXXV.

POst hæc uerba, DATVRVM, FACTVRVMVE, quæ iã satis superq; fuerũt explicata, proximũ erat, ut Põpon. in hac diffinitione exprimeret, quẽ nam daturum, facturumue, deberet promissor respondere. Prætereà quid nam illud esset, quod dari, fieriuè promitti oporteret. Itaq; primum nobis exprimit, cum dicit, SE, secundum verò cùm dicit, QVOD INTERROGATVS EST. De se quisq; promittere de-
1 bet, non de alio; nam si quis alium daturum, facturumue quid promiserit, non obligabitur, nisi curaturum se spoponderit, ut alius det, uel faciat, tunc enim non alienũ, sed proprium factum promittit. l. stipulatio ista, in princ. infra eod. §. si quis alium & . §. uersa uice, Inst. de inut. stipulat. Quod dicimus de reo principali promittendi, idem & de fideiussore affirmamus, qui non alias, quàm si de se ipso promittat, obligatur, nam uel reum ipsum principalem daturum aliquid, uel facturum frustra promittit. Idque cùm
2 aperte colligitur ex hac diffinitione, tùm expressius etiam traditur in l. sicut reus principalis, ff. de fideiuss. Sicque videmus à stipulatione omnimodò alterius personam excludi. Nam neque alteri fieri stipulatio potest. l. stipulatio ista. §. alteri, & . §. alteri, Inst. de inut. stipulat. nec de alterius facto, aut uoluntate obligatio ulla potest induci: obligari enim alium, quàm promittentem, absurdum esset: ipsum uerò promittentem obligari, ad id quod præstare ipse non potest, esset obligari ad impossibile, at impossibiliũ nulla est obligatio. l. impossibilium. ff. de reg. iur. Quocircà utrobique cautio est, ut pœna apponatur. d. §. alteri, & §. uersa uice Inst. de inutil stipulat. Verùm ab utraque regula in multis casibus recessum est. Quemadmodum enim nonnulli sunt, qui possunt alte
3 ri stipulari, ut filii, patres, domini, serui, qui ratione potestatis sibi inuicem non inutiliter stipulantur. §. ei qui, . §. si quis alij & . §. post mortem, Inst. de inut. stipulat. Itẽ pro curatores, actores municipum, tutores, curatores, institores. l. si procurator. ff. de procur. l. si procurat. ff. de uerb. obligat. l. damni infecti. §. ult. ff. de damn. infect. l. cum. ff. de constit. pecun. l. 1. & 3. de instit. act. aliiq; item nonnulli, quos nostri Doctores enumerant, ac præsertim Iason in l. stipulatio ista. §. alteri, inf. eod. quo loci ad illam ipsam regulam uiginti limitationes affert. Ita hæc altera quoque regula, qua traditum est non obligari eum, qui alium daturum, facturumue promittit, in multis casibus remissa est.
4 Etenim primò in prætoriis stipulationibus, ex eiusmodi promissione efficax obligatio oritur, nimirum in stipulatione, iudicio sisti, ratum dominum habiturum, rem pupilli saluam fore, seruum furtis, noxiisq; solutum esse, iudicatum solui, Quod ea ratione fit, quia ex Prætoris sententia eiusmodi stipulationes eam obtinuerunt interpretationem, ut non tàm factum alienum, quàm incertam quantitatem, hoc est quanti interest, contineant. l. in prætoriis. ff. de prætor. stipul. l. 2. infr. de inut. stipulat.
5 l. in stipulatione. ff. rem ratam haberi. l. quoties. infr. eod. l. si ita. ff. de euict. Receditur

DD præterea

præptereà ab hac regula,& in illis ſtipulationibus,dolũ abeſſe, iter fieri, & habere licere, Neque enim uidentur poſſe tam abſolutè promitti facta negatiua, quin & alterius factũ in his promiſſionibus includat, Et tamen ualẽt ſtipulationes eiuſmodi.l.ſtipulatio iſta,in princ. inf.eod. Ratio cur ualeant,ea eſt,quia cùm hoc modo ſtipulamur, non negatiuè promiſiſſe intelligimur, ſed potiùs affirmatiuè, nimirũ nos curaturos,ut dolus abſit, Itẽ ut tibi iter fieri,uel habere liceat; atq; hæc,potiùs prædictæ regulæ declaratio, quàm limitatio dici poterit. Ita uerò declarat Paulus,in l.inter ſtipulãtẽ.§.& qui ſpondet,inf.eod.
« Et qui ſpondet (inquit) dolũ malũ abeſſe, abfuturũq; eſſe,non ſimplex abnutiuũ ſpon-
« det,ſed curaturũ ſe, ut dolus malus abſit. Ideq; in illis ſtipulationibus, habere licere: Itẽ
« neq; per te,neq; per hæredẽ tuũ fieri,quominus iter fiat. Itaq; ſtipulationes iſtæ ſic accipiunt,ut qui promittit,factũ propriũ promittere cenſeat,uel factũ hæredis. Neq; porrò factũ alienũ credit promittere, qui promittit factũ hæredis, ut aduertit Accurſ.in §. ſi 6
quis aliũ,in ver.non obligabit,in fin. de inut.ſtipulat.cùm vulgatiſſimũ ſit,defunctũ, & hæredẽ unã eandẽq; perſonã cenſeri.§.1.Authẽt.de iureiur.à mor. præſtit. Quare ab huius regulæ prohibitione,hæres ſemper excipit, atq; in his præſertim ſtipulationibus excipit,de quibus proximè loquuti ſumus,ut docet Vlp.in l.ſtipulatio iſta,in princ. ſæpius al leg. Excipit poſtremò, & qui aliũ pro ſe fideiuſſurũ promiſit,ipſe enim obligat,quãuis 7
alienũ factũ promiſerit.l.qui autẽ.§.1.ff.de conſt.pecun. Sed & ſi quis certam perſonã fideiuſſuram pro ſe conſtituerit, nihilominùs tenetur, ut Pompon. ſcribit. Quod ea ratione puto fuiſſe inductum, quia cum ſimus in conſtituto,quod eſt remediũ prætoriũ, ex æquo, & bono accipitur hæc promiſſio, ut contineat id quod intereſt. Atque ita uidetur ibidem Vlp. interpretari, dum eum caſum decidit,quando perſona quam fideiuſ-
« ſuram quis conſtituerat mora interueniente diſceſſit. Æquum eſt (inquit) teneri eum
« qui conſtituit, uel in id quod intereſt, uel ut aliam perſonam non minùs idoneam fide-
« iubentem præſtet. Quid uerò ſi hoc non conſtitueres,ſed ſtipulanti promitteres? putarem ego idem fore,nam ſtipulatio iſta,quã ſemper præcedentem aliquam obligationem reſpicere neceſſe eſt,obtineret uim conſtituti, aut certè quantùm ad hoc attinet, eandẽ æquitatem haberet. At quibus caſibus ſpeciatim receptum non eſt,ualere ſtipulationes 8
alieni facti promiſſionẽ continentes, ac propterea inutiles illæ futuræ eſſent, iuramenti præſidio ipſis ſuccurri poſſe exiſtimat Ang.Aretin.in d.§.ſi quis alium, inſt. de inutil. ſtipulat.ea nimirũ ratione adductus,quia ſolet facere iuramentum ,ut actus omni meliori modo ualeat.l.cùm pater.§. filius.ff.de leg. 2. Sed Eguinarius Baro ibidem contrarium 9
ſentit,neq; putat obſtare quod dicit in d.§.filius,quoniam ibi,qui iurat,facti proprij promiſſionem cõfirmat. Nos melius dicamus,nullam ibi promiſſionem iuriſiurandi religione confirmari, ſed tãtùm enixam teſtatoris uoluntatem oſtendi,Quo fit,ut fideicõmiſſi preces,ad omnem ſucceſſionis ſpeciem, ſicq; etiam ad ſucceſſionem ab inteſtato porrectæ uideantur. Veruntamen in eo quod dicit Angel. haſce ſtipulationes,quibus alienum factum promittitur, iuramento confirmari, nos illi potiùs, quàm Eguinario idipſum neganti aſſentimur. Negandum id quidem eſſet, ſi ueterum iuriſconſultorum leges attenderemus. Sed hodie iuramenti uires ex æquitate canonica, atque ex pontificijs ſanctionibus æſtimamus, quibus paſſim uidemus, iuramento utiles effici promiſſiones, quæ alioquin nullius roboris eſſent. Videmus enim filiam, paternæ hæreditati ſine iuramento inutiliter renunciare. l. pactum. C. de coll. adhibito uerò iuramento renunciationem ualere.c.2.de pact.in 6. Videmus etiam propter iuramentum 11
ualere

ualere alienationem rerum dotalium factam ex consensu mulieris, inutilem alioquin futuram.c.cū contingit, extra de iureiur. & no. Inst. quibus alien.licet uel non. §. 1. Propter idem iuramentum ualet donatio inter uirum & uxorem. Itemq; donatio inter patrem & filium, quam constat per se inualidam esse, nisi merita filij, adhibito iuramento, pater affirmauerit, De prima latè Decius cons. 102. de altera idem Dec. cons. 432. post Alex. in l. si donatione C. de collat. ubi & Ias. nu. 6. Idem, & de uenditione facta intra dimidiam iusti pretii, traditur in l. 2.C. de rescind. uendit. Ac de pacto denique perpetuæ communionis idem Doct. sentiunt in l. nemo potest, ubi Crotus inter alios. ff. de leg. 1. Quibus exemplis adducti putamus nos, & stipulationem, in qua alienum factum promittitur, ita accipiendam esse, ut contineat id quod interest, sicque omni melio
12 ri modo sustineatur. Semper enim quod iurauimus, seruare debemus, dummodo nullum ex ea re animabus præiudicium inferatur, d. c. 2. de pact. in 6.c. si uerò; extra de iureiurand. Ex his omnibus possumus intelligere hanc dictionem, SE, fuisse hîc à Pomponio maxima cum ratione appositā. Dum uerò posteà subijcit, QVOD INTERROGATVS EST. in eo uoluit ostendere, nihil aliud debere respondentem promittere, quā illud ipsum, de quo interrogatus est: sicque interrogationi, responsionem omninò conformem esse oportere. Etenim quamuis necesse non sit, id respondentem repetere, quod in interrogatione expressum est, sed admittatur responsio simplex, ut
13 pote quæ ex præcedenti interrogatione declaratur. §. præterea Inst. de inutil. stipul. tamen ubi uel minimum aliquid continet responsio, quod interrogationi non conueniat: Veluti si quis simpliciter interrogatus, sub conditione respondeat, aut è conuerso, uel si interrogatus intra Kalendas Maias, respondeat Idibus, protinus uitiatur stipulatio, nisi diuersitas responsionis incontinenti placuerit, ut infra in l.1.§. si quis simpliciter, de
14 cuius intelligentia satis supra disseruimus. Dubitari potest, an si ego stipuler Stichum & Pamphilum, & tu respondeas, in Sticho dissentio; an saltem quantum ad Pamphilum ualeat hoc casu stipulatio. Acvulgò quidem non credunt talem hîc esse diuersitatem interrogationis, & responsionis, ut de uiribus stipulationis propterea dubitari possit. Verùm ex eo dubitant nonnulli, quia quamuis is, qui dicit se dissentire in Sticho, nihil aliud dixisse uideatur, quàm se consentire quantum ad Pamphilum, arg. l. ex eo. ff. de testib. &,c. non ne, cum similib. extra, de præsumpt. tamen non uidetur natura stipulationis, quæ uerba expressa requirit, eiusmodi responsiones admittere, quæ non expressę
15 sunt, sed tacitè atq; à sensu contrario colliguntur. Ego hac ratione nihil moueor, cùm uideam, & uerè expressum dici posse, quod ex uerbis expressis quantumuis adhibita interpretatione colligitur, ut Inst. de legit. par. tutel. cum tit. sequenti, ac porrò uideam in stipulatione, quæcunq; uerba sufficere, dūmodò consonantē intellectū habeāt ab utraq; parte, l. 1. in fin. hoc tit. l. omnes C. eod. & Inst. eod. §. sed hæc solemnia. Verū tamen puto eiusmodi stipulationē inutilē esse, Idq; uerissimum esse arbitror, etiāsi expressim di-
16 xeris te Pamphilum promittere. Moueor autē ea sola ratione, quia responsio nō est conformis interrogationi, cū tu non illud prorsus daturum te respondeas, quod interrogatus es, ut exigit Pomponius in hac diffinitione; tunc uerò aliquem nō promittere quod interrogatus est, intelligit Vlp. quando uel adijcitur, uel detrahitur aliquid obligationi, quo casu uult uitiari stipulationē, nisi diuersitas incōtinenti placuerit, ut in.§. si quis simpliciter, in fin. Neq; obstat quod in.§. si stipulāti, qui proximè sequitur, uideatur stipulatio approbari in eo quod minus est, quoties plus stipulanti, minus promittitur; nā hoc puto

esse declarandum ex uers, cùm adijcitur proximè præcedenti, ut ita demum procedat, si placeat incontinenti quod responsum est, quod ipsum in præsentia demonstrare non est necesse, cùm plenissimè supra fuerit demonstratum.

ARGVM.

VTrùm planè inutilis etiam quantum ad naturalem obligationem stipulatio sit, in qua non uerbis ad interrogata responsum fuerit. Et quomodò tollantur duæ dubitationes, quæ ex uerbo illo, RESPONDET, quod in hac diffinitione postremum est, oriri posse uidentur.

1 Communis ratio. §. si quis ita, refertur, ac reprobatur. & nu. seq.
2 Quando stipulatio inutilis, utile habeat pactum.
3 Solus nutus, neque etiam talem consensum arguit, qualis ad pactum sufficere possit.
4 Voluntas tamen alioquin solo nutu declaratur.
5 Non desunt alij modi præter nutum, quibus pactum tacitè fieri potest.
6 Est cùm responsio non sit apta stipulationi, & tamen respondentis consensum plenissimè demonstret.
7 An uerba huius diffinitionis demõstrent, potiorem esse responsionem, & quomodò in hoc Pomponius defendi possit.
8 Interrogationi plus tribuendum esset, quàm responsioni, si modò plus ponderis alterutram habere ad stipulationem perficiendam, concederetur.
9 Non debent esse tàm dubia uerba diffinitionis, ut cæterarum legum declaratione indigeant.
10 Pomponij uerba in hac diffinitione ita declarantur, ut prædicta dubitatio planè tollatur.
11 Videtur contra Paulus in sua diffinitione totam uim stipulationis, ponere in interrogatione.
12 Quomodo defendi possit Pomp. qui huius diffinitionis uerbis, responsionem ex interuallo factam non excludit.
13 Conceptio uerborum rectè dicitur, etiam si unus tantùm loquatur.
14 Interuallum temporis modicum, non uitiat stipulationem.
15 Sumpto spatio ad respondendum ualet stipulatio, etiam si post longum interuallũ responsio sequatur.
16 Relatio ad aliud tempus, ijs etiam in rebus admittitur, quæ pertinent ad substantiam actus.

CAP. XXXVI.

HAbemus postremò loco in hac diffinitione uerbum, RESPONDET, quo docemur, omninò uerbis ipsis respondendum esse (refertur enim ad dictionem, quibus, ut ipsa uerborum structura satis demonstrat) ac propterea solo nutu illius qui interrogatus est, non contrahi stipulationem. Quod & expressiùs tradit Vlp. inf. in l. i. §. si quis ita, additq; illud, prætereà, ne naturaliter quidem obligari, qui uerbis 1 interrogatus, sine uerbis tantùm annuit. Cuius rei ratio ea uulgò esse creditur, quod stipulari uoluerint, non pacisci. Atque inde frequentiùs concluditur, inutilem semper futuram stipulationem, in qua uerbis interroganti, non uerbis pariter responsum fuerit, Itemq; alia quacunque ratione inutilem stipulationem, utile pactum non habere. Nos uerò ita demum hoc concedimus, si ea quæ stipulationem inutilem reddunt, ipsius quoque pacti naturę aduersentur. Qua ratione uidemus inutilem stipulationem non habere 2 uim constitutæ pecuniæ, quoties deest relatio ad præcedens debitum, quia tunc non

animo constituendi potest uideri promissum,l.1.§.cum qui,ff.de constit.pecun. Verùm eam solam causam,quòd stipulandi animum contrahentes habuerint,non putamus esse impedimento, quominus pactum induci possit: cùm imò perspicuè iurisconsulti cõtrarium affirment, ut in l. an inutilis,in l.si accepto.ff. de accept. & in l.cum emptor,de rescindend. uendit. parumq; obstat,quod nostri respondent,in illis legibus agi de obligatione dissoluenda. Nam satis nobis est,non rectè illud inferri,ut quia stipulari uoluerint, non censeantur in id consentire, quod in stipulatum deduxerant, si fortè stipulatio non ualeat. Quod si in eo consentiunt nulla ratio est, cur potiùs ex illo consensu pactũ constituatur,si ad dissoluendam,quàm si ad inducẽdam obligationem,is pertineat. Sed tota hæc certè difficultas ab eo profluxit, quod putarunt nostri in §. si quis ita, ubi solo nutu ad interrogata responsum est, propterea non oriri naturalem obligationem,quod ex præcedenti interrogatione colligatur eos non pacisci, sed stipulari uoluisse. Cùm tamen Vlp. uerè id spectauerit, quod ibi Cumanus animaduertit, nimirum esse nutum signum quoddam æquiuocum, neq; satis certi, ac deliberati animi significationem
3 præbere; cùm sæpe etiam cogitabundi, ac deliberantes annuere soleant. Non id quidem
4 ego inficior, quin & sine uerbis solo nutu uoluntas declarari possit, ut in l.seruo.§.si pupillo.ff.ad Trebell.in l.nutu.ff.de leg.3.in l delegare.ff.de nouat.in l.& in epistola.C.de fideicõmissis. At neque illud negare possum, quin pactum sine uerbis fieri possit. Sed
5 tamen dico,præter nutum alia esse, quibus uoluntas tacitè quidem, sed multò apertiùs, ac dilucidiùs declarari potest, ut facilè intelligemus, si leges illas attentè considerabimus, quibus tacitum pactum inducitur, ut l. qui in futurum.l. Labeo l. item quia.l. si unus.§.penult.ff.de pact. l.2.& l.creditores.C.eod. Itaque quod non oriatur,tunc naturalis obligatio,cùm quis uerbis interroganti,capite tantùm annuit, non ea causa est, quia stipulatio inutilis,utile pactum non habeat,sed quia nutus non satis apertè promittentis uoluntatem creditur aperire. Possemus quidem forsan ex stipulatione ad pactũ infirmandum,coniecturam hoc modo capere, ut diceremus multo minus credi,cum se uelle obligare, qui taceat in actu, in quo uerba esse necessaria non ignoret. Sed concluderemus hoc modo, ob defectum consensus,naturalem obligationem impediri,non autem ob stipulationem inchoatam, nec propter illã regulam: si non ualet, quod ago &c. Quod si ea causa,quæ uitiat stipulationem,consensus præsumptioni nullatenus aduersa
6 retur, ut quia fortè interrogatus statim manu propria scriberet,se libentissimè daturum, facturumve id,quod interrogatus esset,atque interroganti cõscriptam schedulam porrigeret, quanuis hîc quoque stipulandi animum, qui interrogauit habuisset, frustrà tamen dubitari crederem, quin consensu induceretur conuentio, atque ex ea naturalis obligatio oriretur. Ad hæc paucis digredi uolui,explicaturus hoc uerbum,respondet, ut intelligeretur responsionẽ sine uerbis illi factã, qui animo stipulandi interrogauit, stipulationem quidem ipsam, sed non pactum uitiari, nec naturalem obligationem impediri. Iam uerò hîc omittendæ non sunt duę dubitationes, quæ ex hoc uerbo, respondet, iunctis etiam uerbis superioribus,facilè oriri possunt. Vnã proponit Mar. Socinus nu.133.quæ est eiusmodi.Cum dicat Pomponius stipulationem,esse uerborum cõceptionem,quibus is qui interrogatur &c. respondet,uidentur hæc uerba demonstrare,totam hanc conceptionem in responsione consistere, ut ad quam cętera omnia referuntur,ita ut cętera ipsi responsioni quodammodò accedant. Imò uerò interrogatio ab hac ipsa conceptione uerborum apertissimè uidetur excludi: nam cùm dicitur conceptio

uerborum

uerborum, quibus respondet is, qui interrogatus est, in eo uidetur considerari interro-
gatio, uti quid prorsus à uerborum conceptione diuersum, ac propterea tantùm ex-
primi, quod interrogationem esse aliquam necesse sit, cui à promissore respondeatur.
Attamen id secus esse compertissimum est, nam cùm stipulatio fiat utroque loquente. l.
1. in princ. inf. cod. non minùs interrogatione, quàm responsione perficitur, nec mi-
nùs, qui promittit uerba interrogantis audire debet, quàm qui interrogat, uerba pro-
mittentis. Atqui certè, si plus uni, quàm alteri dandum esset, potior interrogatio esse 8
deberet: cùm interrogantis potissimum gratia fuerit hoc remedium stipulationis in-
uentum: Qua ratione etiam uidemus ab ipsa interrogatione totam stipulationem fuis-
se appellatam, ut & supra admonuimus. Huic obiecto ita respondet Socinus, ut dicat
illam dictionem, Quibus, eo casu accipiendam esse, qui tertius est apud Grammaticos.
Quod tamen mihi minimè arridet. Siquidem (ut proximè dixi) ad perficiendam sti-
pulationem, æquè & respondentis, & interrogantis factum concurrit: at hoc modo po
tiorem interrogationem facetet iurisconsultus, atque in illa una, totam uerborum con-
ceptionem prorsus collocaret. Alio modo respondet hîc Mandel. nu. 130. aitq; debere 9
hanc diffinitionem declarari ex l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. Sed non mi-
nùs hoc absurdum est, cùm enim diffinitioni id propositum sit, ut rei definitæ substan-
tiam explicet, nulla in re certè nobis illa usui esset, si non nisi cognito anteà definito, in-
telligi posset. Tertia eiusdem responsio est, rectè iccircò in definienda stipulatione, uer
ba ad unum tantùm ex contrahentibus fuisse relata, quia stipulatio non est contractus
ultrò citròq; obligatorius, sed ab una tantùm parte obligationem parit. Quod ipsum
pariter nullius momenti est, non enim definitur hîc obligatio, quam ab una tantùm par
te oriri nemo non fatetur, sed definitur stipulatio, in qua utriusque contrahentis factū
æquè concurrit, ut iam sæpius dictum fuit. Ego demum (ut breuiter hac de re dicam 10
quod sentio) eam puto Pomponij mentem fuisse, ut uoluerit uerborum conceptione
non magis interrogationem, quàm responsionem contineri: perinde ac si dixisset, sti-
pulationem esse uerborum conceptionem, quibus unus interrogat, & alter (nempe qui
est interrogatus) daturum, facturumve se id, de quo interrogatus est, respondet. Sed ut
dilucidiùs, atque uno contextu hanc diffinitionē traderet, satiùs esse duxit, totā hāc ora
tionis structuram ab uno uerbo pendere. Vtrùm uerò penderet à uerbo respondet, an
à uerbo interrogatur, ipse proculdubio parum referre iudicasset. Et argumento est, alte
ra illa stipulationis diffinitio, quam tradit Paul. in lib. 2. recept. sent. cap. 3. Stipulatio 11
(inquit) est uerborum conceptio, ad quam quis rectè interrogatus, respondet. Ecce quē
admodum ipse è conuerso, dum idipsum studet, ut una uerborum structura hanc diffini
siouem tradat, conceptionem uerborum, non ad responsionem retulit, sed ad interro-
gationem, neque ob id tamen à Pomponio uoluisse dissentire existimandus est. Itaque
concludamus Pomponium, ut & ipsum Paulum, tàm interrogantis, quàm responden-
tis actum complecti uoluisse. Ac sanè uidentur mihi ipsa quoque diffinitionis uerba hoc
liquidò ostendere. Nam cùm dicatur uerbis ipsis, siue hac ipsa uerborum conceptione,
debere eum qui interrogatur respondere, illud mihi apertè exprimi uidetur, etiam uer
ba interrogationis hac eadem uerborum conceptione contineri. Præter hanc uerò re-
sponsionem, alias planè omnes quæcunque afferri possunt, ab omni ueritate alienissi-
mas esse iudico. Altera insuper hîc oritur dubitatio, quam non prorsus duxi silentio
prætereundam. Videtur nonnullis reprehendendus Pompon. quod non illud expres- 12
serit,

ſerit, ipſi ſcilicet reſponſioni non ex interuallo, ſed illicò, atque incontinenti reſpondendum eſſe, cùm minimè dubium ſit, continuum actum ſtipulantis, ac promittentis eſſe oportere, ac uix admitti, ut aliquod naturæ momentum interuenire poſſit.l.continuus, inſ. eod. Sed cùm in hac diffinitione ſimpliciter dicatur, debere eum qui interrogatur, ad interrogata reſpondere, poterit quis non immeritò exiſtimare, eam quoque ſpeciem hic contineri, cum quis non ſtatim, ſed ex interuallo reſpondet. Verùm hęc difficultas planè ceſſabit, ſi hoc uerbum, reſpondet, non per ſe conſiderabimus, ſed referemus, ut referri debet, ad uerbum, conceptio. Quod non eò ſanè dico, quia illud probem, quod nonnulli exiſtimant, uerbum hoc, conceptio, iunctam ſimul duorum loquelam exprimere, ut huius uocis ethymologia oſtendere uidetur. Video enim appel
13 lari, conceptionem uerborum, etiam quando unus loquitur, ut cùm dicimus, conceptionem iuramenti.l.iuſiurandum.ff. de iureiur. Sed ex eo potiùs argumentor, quia cùm Pomponius unam tantùm ſtatuat eſſe conceptionem, qua interrogatur, & reſpondetur, ſatis ex hoc demonſtrat, continuum actum interrogationis, ac reſponſionis eſſe
14 debere. Quamuis poſteà obtinuerit, ut interuallum temporis modicum, non uitiet ſtipulationem, ueluti ſi cùm quis pręſens interrogaſſet, diſceſſerit, ac paulò poſt reuerſo, reſponſum fuerit.l.1.§.1.inſ.eod. At eſt cùm neque ex magno interuallo uitiari poſſe ſtipulatio uideatur, nempe quoties is, qui interrogatur, ſibi ſpatium aſſumit, ut magis
15 deliberatè reſpondeat, atque intra illud ſpatium reſpondet, quo caſu utilem eſſe ſtipulationem contendit Alex. conſ. 107. incip. in cauſa, & lite lib. 2. Idq; & Ripa probat hìc nu. 2. Non caret hoc certè dubitatione, ſed tamen ego in hanc eandem ſententiam propenſior ſum, ea ratione, quia qui incontinenti refert ſe ad id, quod poſteà reſponſurus eſt, eo ipſo uidetur, ſi non explicitè, at ſaltem implicitè reſpondere. ita ut reſponſio poſteà ex interuallo ſubſequuta, uideatur illi ipſi tempori ineſſe, quo quis ſpatium ad reſpondendum aſſumpſit. Qua ratione uidemus, & in teſtamento receptum eſſe, ne explicitè ſtatim fieri inſtitutionem neceſſe ſit, ſed ſatis ſit ad aliam ſcripturam teſtatorem ſe referre, ut dicat uelle ſe eum hæredem eſſe, quem in codicillis
16 nominauerit.l. aſſe toto.ff. de hæred. inſt. l. inſtitutio. ff. de condit. inſtit. cùm tamen apertiſſimum ſit, ſine hæredis inſtitutione, non eſſe teſtamentum.§. ante hæredis, inſt. de legat.§. ſed neque, inſt. de teſtament.§. in primis, inſt. de fideicōmiſſ. hæredit.l. proximè.ff. de ijs, quæ in teſtament. delent. Sed facit illa relatio, ut inſtitutio in codicillis expreſſa, in teſtamento facta uideatur, ut & Papin. & Vlp. aduertunt, in ll. proximè adductis: cùm hæreditas codicillis, neque dari, neque adimi poſſit.l. hæreditas.C. de codicil. Quod idem nos prorſus, & de reſponſione, in propoſita ſpecie affirmari poſſe exiſtimamus.

ARGVM.

QVid cauſæ ſit, cur potiùs actiones, quæ ex ſtipulatione, alijſq; permultis cauſis oriuntur, minùs bonæ fidei dici debeant, quàm quæ numerantur in §. actionum, inſt. de act. Et an pacta incontinenti appoſita, æquè ſtipulationi, alijſq; contractibus ſtricti iuris, ineſſe dici poſſint, ac bonæ fidei contractibus inſunt.

1 Nulli ſunt contractus, ac ne illi quidem, quos ſtricti iuris uocant, qui bonam fidem excludant.

2 Iudiciorum bonæ fidei uariæ appellationes ſunt, nam & malæ fidei, & ſine lege iudicia dicuntur.

In

3 In proponendis formulis actionum bonæ fidei, prætor addebat, ex bona fide.
4 Quantum possit iudicis officium in bonæ fidei iudicijs.
5 In iudiciis bonę fidei, nulla sponsio fiebat.
6 Non tàm quod dictum, quàm quod actū est, spectatur in iudicijs bonæ fidei.
7 Non tantum iudicia, sed etiam contractus, hanc ipsam bonæ fidei, & stricti iuris distinctionem admittunt, unde & ad ipsos ratio est accommodanda.
8 Etiam in arbitrarijs actionibus permittitur iudici, ut ex bona fide iudicet.
9 A bonæ fidei actionibus differunt arbitrariæ, & infra nu. seq.
10 Vtrum in §. actionum, omnes planè bonæ fidei actiones numerentur.
11 Non omnes actiones, bonæ fidei sunt, quibus æquitas inest, aut quæ ex bona fide introductæ sunt.
12 Certi condictio, quę ex mutuo competit, inter bonæ fidei actiones non numeratur, & infra nu. seq.
13 In actionibus instituendis, quid lex seruauerit.
14 Cur actiones prodeuntes ex conuentionibus, quę dicuntur bonæ fidei, non potuerint certis limitibus coangustari.
15 Cur sine lege dicantur bonæ fidei iudicia.
16 Bonę fidei actiones, ex ipso negotio, ferè nomen assu munt.
17 Certi condictio generalis, si proponatur ex causa, ex qua alioquin bonæ fidei actio competeret, nihilominùs stricti iuris est.
18 In bonæ fidei iudiciis, permagno iudice opus est.
19 Cur bo. fidei sint conuentiones, in quibus utrinque competit actio. s. directa, & contraria.
20 Duplex ratio affertur, cur certi condictio ex mutuo stricti iuris sit.
21 Natura mutui certissima est, & omni ex parte æqualitatem exposcit.
22 Maximam communionem cum bo. fidei actionibus habent arbitrariæ, sed tamē ab illis differunt.
23 Bona fides, quomodò accipiatur.
24 In arbitrariis actionibus, non est necesse inter id quod dictum, & id quod actum est, ex bona fide diiudicare.
25 Ratio cur lex uoluerit arbitrarias actiones à iudicis arbitrio pendere.
26 Sigillatim ostenditur, quomodò arbitrariæ actiones, iniquā primo aspectu uideantur continere petitionem, & quæ iustissima aduersarii responsione repelli possit.
27 In arbitrariis, plus ualet iudicis arbitriū, quàm in bonæ fidei actionibus.
28 Cur bonæ fidei actiōes potius à bona fide appellari debuerint, quàm arbitrarię.
29 Differentiæ, quantum ad effectus, inter bo. fidei, & stricti iuris actiones.
30 Exemplis clarius ostenditur, quantò latior sit iudicis potestas in actionibus bo. fidei, quàm stricti iuris.
31 In bonæ fidei iudiciis, doli exceptio continetur.
32 Vtrum in bo. fidei iudiciis, fructus, & usuræ sint in obligatione.
33 Vtrum pacta incontinenti apposita insint stipulationi, aliisque stricti iuris contractibus, quēadmodū cōtractib⁹ bo. fidei.
34 Antinomia Pauli, & Vlpiani.
35 L. petens. C. de pact.
36 Iacobi Cuiatii distinctio refertur, ac reprobatur.
37 Lud. Charondæ error.
38 Noua prædictarum legum, ac totius huius quæstionis explicatio.
39 Conueniunt simul optimè hæ duæ regulę, pacta incontinenti apposita inesse stipulationibus, & non inesse iudiciis stricti iuris; & infra nu. seq.
40 L. in bonæ fidei. C. de pact.
41 Quare stricti iuris iudiciis non insint pacta incontinenti apposita.
42 Contractus innominati non habent naturam distinctam à pactis ultro, citroque adiectis.
43 Cur præscriptis uerbis actio, competat ex contractibus innominatis.
44 Quàm facilè mutuum, ob pacti alicuius adiectionem, propriam naturā amittat.
45 Quid operetur pactum incontinenti adiectum stipulationi.
46 Ex eo quod pactum incontinenti appositum stipulationi creditur inesse, sequitur, ut ipsius iudicio inesse non possit.
47 Errarunt nostri, qui regulam. § quinimò, etiam ad contractus stricti iuris porrigendam esse crediderunt.
48 Nihiloq; magis illis assentiendum est, qui putant inutilia esse pacta, quę stricti iuris contractibus incōtinēti apponunt.
49 Qua ratiōe traditū nō sit, pacta incōtinēti apposita, inesse cæteris cōtractib⁹ stricti iuris, quēadmodū stipulationibus inesse creduntur.

CAP. XXXVII.

QVoniam uidimus quid sit stipulatio, ut nunc qualis ea sit pleniùs cognoscamus, scire debemus, stipulationem non bonæ fidei, sed stricti iuris esse, neque enim actio ex stipulatu, uel certi condictio, quæ ex stipulatione datur, numeratur in §. actionum, inst. de act. Atque hoc unum stipulationis attributum est, quod mihi uideat explicatione indigere, reliqua enim uel per se nota sunt, uel in ipsius stipulationis diffinitione satis hucusq; à nobis explicata fuere. Sed cur minùs actio, quæ ex stipulatione oritur, aliæq; item complures, possint dici bonę fidei, quàm quæ numeratur à Iustinia-
1 no, in d. §. actionum, non satis certè expeditum est, cum absurdum uideatur ab ullis cõtractibus, bonam fidem excludere. arg. l. eleganter. in princ. ff. de dolo, & l. bonam fidẽ C. de act. & oblig. Quamuis autem hoc dubium proponat Accurs. in §. actionũ, in verb. bonæ fidei, non tamen in eo constanter persistit, sed aliò sermonem deflectit, ut & Ias. ibidem rectè animaduertit. Nec portò semper eodem modo hæc iudicia appellantur,
2 quę uulgò dicuntur, bonæ fidei, sed interdum malæ fidei, interdum etiam, sine lege iudicia. Sine lege ea dixit Cicero lib. 3. offic. Atque idem lib. 3. de nat. deor. empti, tutelæ, mandati, pro socio, fiducię, & locati, de mala fide iudicia uocauit. Sicq; etiam creditur appellasse Diocl. l. si fraude. C. de pręscr. long. tem. de uenditione enim ibi loquitur, cùm dicit longi temporis pręscriptionem, in malæ fidei contractibus locum non habere: quanquam (iudicio meo) hoc ea tantùm ratione dixit, quia ibi dolus interuenerat. Vtcunque uerò appellentur, rectè uidetur horum iudiciorum natura, (quanuis non perfectè, ut posteà dicam) posse ex ijs explicari, quæ in Topicis docet Cicero, cùm dicit, bo-
3 næ fidei iudicia fuisse, in quibus, ex bona fide, addebatur: siquidem, ut clariùs ibi explicat Boetius in earum actionum formulis, illud adiiciebatur à prætore, ut ex bona fide iudicaretur. In his iudiciis (inquit Boetius) in quibus agitur, ut iudices, ex bona fide iudicent, id est, ubi ita iudices dantur, vt non scriptas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quęrant, plurimus causarum usus est. Atquì certè hoc ipsum, & nostrorum iurisconsultorum complures, haud obscurè explicant, ut Paul. in l. quia tantun-
4 dem. ff de neg. gest. quo loci tantundem ualere ait in bonæ fidei iudiciis, officium iudicis, quantùm ualet in stipulatione, nominatim eius rei facta interrogatio. Sic & Papinian. in l. Lucius. ff. depos. Est constitutum (inquit) in bonæ fidei iudiciis, ut tantundem possit officium arbitri, quantùm stipulatio. Non sine maxima ratione stipulationi semper comparant, iudicis officium, in bonæ fidei iudicijs: siquidem quoties non erat iudicium bonæ fidei, sed certum quiddam in controuersiam deducebatur, moris erat, ut actor, conceptis uerbis, sponsione certę pecuniæ, prouocaret aduersarium, & quod promissum erat, in iure postularet. Prætor autem in ea ipsa uerba, quibus facta erat sponsio, iudicium concipiebat, si pateret ita esse, ut sponsio facta esset. Sed formula actionum bonę fidei, ita concipiebatur, ut non certum aliquid contineret, sed
5 quantum bona fide dari, fieri oporteret. Quocircà in his iudicijs, nulla sponsio intercedebat, & qui cognoscebat, non tàm iudex, quàm arbiter dicebatur, quippe qui liberiùs arbitrio uti poterat. Atque hęc nobis indicat Cicero, in orat. pro Q. Roscio, cùm inquit. Eundem tu arbitrum, & iudicem sumebas? eidem & infinitam largitionem remittebas, & eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? Itaque huius differentiæ summa hæc est, quòd in iudiciis stricti iuris, quid dictum:

EE at in

at in bonæ fidei non tantùm quid dictum,quàm quod actũ esset spectabat.l.sed Celsus 6
§.in emptis.ff.de cõtrah.empt.iudici enim libera dabaẽ facultas, ut id decerneret quòd
bonæ fidei cõueniret. Atq; huic explicationi optimè sanè cõuenit,quod tradit Iustin.in
„ §.in bonæ fidei, inst. de act. In bonæ fidei iudicijs (inquit) libera porestas permitti ui-
„ deẽ ex æquo & bono æstimãdi,quãtũ actori restitui debeat. In quo & illud continẽ, ut
„ si quid inuicem præstare actorẽ oporteat,eo cõpensato,in reliquũ is,cũ quo actũ est de-
„ beat condẽnari. Sunt certè hæc,quæ hactenus dicta sunt,ueritati maximè consentanea,
sed tamẽ difficultatẽ haud prorsus tollũt. Nã quòd dicamus fuisse iudicia bonæ fidei,in
quibus,ex bona fide, addebaẽ, hęc ratio in iudicijs tãtũ concludit. Vt uerò scrupuli pla
nè omnes tolletẽtur,ratio assignanda esset,quæ nõ tãtùm in iudicijs,sed etiã in cõtracti- 7
bus concluderet. Nam cùm uideamus sæpe,ipsos quoq; cõtractus dici bonæ fidei. l. in
bonæ fidei contractibus.ff. de pecul.l.iurisgẽtiũ.§.pactus ne peteret,& §.quinimò.ff.de
pact.l. in bonę fidei.C. de reb.cred.necesse est ipsos quoq; cõtractus aliquid habuisse,
cur bonæ fidei potiùs,quàm cæteri dicerẽtur:& hoc est,quod initio diximus,posse non
ĩmeritò cuipiã mirũ uideri : cùm illi quoq; cõtractus,qui stricti iuris dicũtur,plurimũ in
consensu,& bona fide consistãt. Nam uel si uerè affirmari possit,etiã contractus bonæ fi
dei fuisse, quorũ iudiciis adijciebaẽ, ex bona fide, tamen necesse est,in ipsis cõtractibus
causam extitisse, cur quando ex ijs petebatur,adijcerentur uerba, ex bona fide. Quare
quod hucusque traditũ est, de more prętoris in iudiciorũ formula proponenda, ad esse
ctũ potiùs pertinere uidetur, quàm eius,quod quærimus,causam aperire. Præstereà uel
si maximè id quod quærimus aperiret,tamen uidetur ea ratione dubiũ esse; quia si cõce
deremus nõ alia ratione,esse illas actiones bonæ fidei,quę habẽtur in §.actionũ,nisi quia
in ipsis permissum sit,iudicis arbitrio,ut ex bona fide iudicet,ac decernat,cogeremur ꝓ 8
fectò fateri, cadem hac ratione,actiones quoq; arbitrarias,bonæ fidei esse, pẽdent enim
illæ quoq; ex arbitrio iudicis,cui permittitur ex æquo,& bono secundum cuiusq; rei,de
qua agitur,naturã ęstimare,quẽadmodũ actori satisfieri oporteat, ut inquit Iustin.in §.
præstereà, inst.de act. At non esse bonę fidei arbitrarias actiones probatur, ex §.actio- 9
nũ, inst. de act. Etenim uoluisse ibi Iustinianũ omnes planè actiones accuratè enume-
rare,ac non exempla tantùm nobis aliquor proponere,argumento illud est,quod ne hæ
reditatis quidem petitionem prætermisit, de qua tamen dicit fuisse ante suam illam con
stitutionem,dubitatum,esset nẽ in bonę fidei actionum numerum recipienda. Nec me
quicquam mouet, quod tradit Corrasius in d.§. actionum,nu. 6.dum affert nonnulla 10
actionũ exempla,ueluti actionis iniuriarum,funerarię,sepulchri uiolati,præscriptis uer-
bis, quæ datur,precarium reuocare uolenti, et aliarum,quarum nulla est mentio in d.§.
actionum,& tamen eas dicit in uarijs legibus,bonæ fidei appellari, ut in l. non solum.§.
1. ff. de iniurijs, in l. at si quis.§. hæc actio, & § generaliter.ff. de relig. & sumpt. fun.
in l. penult. ff. de sepulch. uiolat. in l. 2. in fin: ff. de precar. Nihil (inquam) me
mouent harum actionum exempla, quas bonæ fidei esse nunquam concessero. Li- 11
cèt enim iurisconsulti in ll. proximè allegatis, modò actioni æquitatem inesse di-
cant, modò actionem ex bona fide fuisse introductam, non tamen rectè ex hoc
colligimus, illas actiones esse bonæ fidei, eo modo quo bonæ fidei actiones acci-
piendæ sunt, cùm à stricti iuris actionibus distinguuntur. Nam & stipulationes,bo-
na fide contrahi debent, atque in iudicando bonam fidem exigunt. l. ubi est. inf.
eod, attamen nemo dubitat, quin stricti iuris sint, quæ ex ipsis actiones oriuntur.

Itaque

Itaq; obſtat adhuc ſuperiori declarationi,quod de arbitrariis actionibus obiiciebatur,
ſunt enim illæ ſtricti iuris,ut demonſtratũ eſt,& tñ in ipſis quoq; permittit̃ iudici,ex bo-
na fide æſtimare,quomodò actori ſatisfieri oporteat.d.§.prætereà.Occurrit hîc illud prę
tereà,quod pleriſq; nõ ĩmeritò mirũ uidebit̃,cur retenta hac ratione,ut bonæ fidei actio
12 nes,ideò dicant̃,quòd in iis iudex ex bona fide iudicaret,non etiã condictio,quæ ex mu
tuo dat̃,inter bonæ fidei actiones cenſeri debuerit. Etenim illã ſtricti iuris eſſe conſtat.l.
Lucius.ff. depoſ. & tamẽ nulla uidet̃ eſſe cauſa, cur non etiã hîc debuerit prætor addere
illa uerba,ex bona fide, ac cur minùs in hoc contractu,in quo tibi opẽ tuli,ac pecuniam
qua fortè indigebas,tempeſtiuè ſuggeſſi,cur hinc (inquam) minùs bonam fidem ſpecta
ri oportuerit. Dura hæc uident̃ primo aſpectu,attamen non ualde difficilis eſt harum
rerum omnium explicatio. Videor mihi animaduertere,eũdẽ fermè ordinẽ,& modum,
13 quem ſupra uidimus,quantùm ad efficaciã conuentionum,legẽ ſeruaſſe, etiã in iudiciis,
actionibuſq; inſtituendis,illum retinuiſſe. In conuentionibus diſtinguendis,ac diiudicã
dis (quemadmodum uidimus) id ſibi lex propoſuit,ut quammaximè certas nobis regu
las traderet, ex quibus cognoſcere poſſemus,quænam cõuentiones firmæ, atq; efficaces
eſſent. Verũ quia ob incredibilẽ earũ uarietatem,hoc de omnibus facere non potuit,ic
circò quæ conuentiones certis regulis concludi non potuerunt,eas iudicis arbitrio per
miſit, id quod fieri interdum eſſe neceſſe,conſiderat etiã Ariſtoteles lib.1. Rethor. uel ſi
parcius id faciendum exiſtimet. Idem ergo & in actionibus ſeruaſſe legẽ reperiemus , ſi
quidẽ id apprimè ſtuduit,ut eas quãmaximè certas redderet. Quod ipſum in illis actio-
nibus facilè aſſequi potuit, quæ dicuntur ſtricti iuris , atq; à bonæ fidei actionibus ſeclu
dunt̃ , non quia mala fide,in ijs agendũ ſit,ſed quia ex legis præſcripto,earũ formula,ita
à prętore concipit̃, ut certũ ſemper quiddã contineant,neq; ex bona fide,iudicandi fa-
cultas iudici ulla relinquat̃. Ideo autem potuerunt hoc legislatores efficere in eiuſmodi
actionibus,quia patiunt̃ hoc conuẽtiones,& cauſæ,ex quibus illæ oriuntur. At uerò cõ
14 trà,uiderunt pleraſq; eſſe conuentiones,quarũ natura minimè patit̃, ut quæ ex ipſis pro
deunt actiones,certis limitibus coanguſtari poſſint, cum primò quidem illę omniũ ma-
ximè frequẽtes ſint, maximeq; omniũ ad mutuã hominum cõmercia neceſſariæ, prout
etiã Io. Fab. in d.§. actionũ, animaduertiſſe uiſus eſt. Deinde (quod ad hanc rem plus
etiã ponderis habuit) multis modis ſæpè uariari eas contingit , ita ut uariè in ijs, pro ſu-
biectorũ uarietate,modò hoc,modò illud,bonæ fidei ratio expoſcat.Eiuſmodi ſunt em
ptio, locatio, ſocietas, mandatum, aliæq; conuentiones,quas in d.§. actionũ, numerari
15 uidemus. Propterea ergo non putarunt,certa prorſus lege cõcludenda eſſe iudicia,quę
ex eiuſmodi cauſis inſtituunt̃, qua ratione, & Cicero hæc ſine lege iudicia meritò appel
lauit, ſed bonæ fidei,atq; hominũ conſuetudini multa eſſe tribuenda,quæ quoniã(ut di
ctũ eſt) pro negocij uarietate uariari poſſunt,iccircò ea iudicis arbitrio permiſerunt,qui
bonã fidẽ haberet ſemper præ oculis,atq; ex æquo,& bono iudicaret quid,& quãtũ ſol-
16 ui oporteret. Hac cauſa etiã uidemus, eiuſcemodi actiones,ex ipſo negotio nomen aſſu
mere, utpotè quæ ipſius negocij naturæ accõmodãtur,ut actio,ex empto,ex locato, pro
ſocio,mandati,& ſimiles, At quæ à lege certis limitibus quaſi conceptæ ſunt,ab ipſa le-
ge pariter nomen plerunq; accipiunt, ut rei uendicatio, præſcriptis uerbis , certi condi-
17 ctio,& actio ex ſtipulatu. Ob id uerò ẽt certi cõdictio generalis,quæ ex omni cã cõpetit.
l.certi cõdictio.ff.ſi cert.per.ſi ex ea cã ꝓponat̃,ex qua alioquin bonæ fidei actio cõpete
ret,nihilominus ſtricti iuris eſſe exiſtimari põt,atq; ita ſenſit Vldar. Taſius,in §.actionũ ſæ

pius alleg. Cōuenit maximè huic toti explicationi, quod docet Cicero lib. 3. offic. Bonæ
" fidei (inquit) nomē latissimè patet, & uersāt in tutelis, societatibus, fiduciis, mādatis, qui
" bus humanæ uitæ societas continetur, In his permagni iudicis est statuere, quid quemq;,
" culpæ præstare oporteret. Permagni iudicis esse putat, ex bona fide iudicare, quia ubi 18
de facto tantùm sit quæstio, ita ut quantum ad reliqua, actionis formula præscribat, quid iudicandum sit, potest facilè quiuis esse iudex, qui mediocri tantùm ingenio præditus sit. Hic porrò operęprecium est animaduertere, id quod etiam animaduertit Alciatus, in l. bona fides. ff. depos. inter bonæ fidei conuentiones eas censeri, in quibus actio utrinq; competit, & directa, & contraria. Cuius rei duplex mihi ratio esse uidetur, Prima, quia in 19
eiusmodi conuentionibus, æquitatis species magis uariatur, Itaq; magis hic necesse fuit iudici facultatem concedere, ut ex bona fide iudicaret, ut singulis percurrendis, facilè possumus animaduertere. Altera ratio est, quia, quoties uterque obligat, & uterq; obligatur, æquè alterutri utile esse potest, ab altero bonam fidem exquiri, atque inspici potiùs, quid actum, q̄ quid dictum sit: Quod secus est ubi unus tātùm obligat, & alter obligatur, ut in stipulatione. Longè tamen mihi prior illa ratio arridet, ex qua optimè etiam 20
intelligitur, quare condictio, quæ ex mutuo competit, non sit bonæ fidei. Siquidem huius contractus, ea est certitudo, ut æquitatis speciem in ipso uariari nulla ex parte contingat. Proinde potuit certam hoc nomine actionem instituere, neque fuit necesse bonæ fidei aliquid dare, quod iudicis arbitrio cōmitti oporteret. Quod & Alciat. ꝓbat in rub. ff. si cert. petat. ubi alias insuper duas huius rei rationes affert, cur scilicet mutuū, sit stricti iuris, quæ tamen ambæ friuolæ sunt, ac nullius momenti. Sed frustrà prorsus (sententia mea) quæruntur alię rationes, cū uerè illud lex spectauerit, quod de mutui certitudine proximè diximus. In mutuo, illud semper necessariū est, ut idē, genere, quantitate, & qua 21
litate reddaī, neque ab hac parilitate recedi potest, quin simul, & à natura mutui recedatur. Itaque mutui naturā, quæ omni ex parte æqualitatē exposcit, certissimā esse necesse est, neque ullam uarietatem admittere, Ac maximo sanè illud argumento est, naturā mutui, nullo planè modo uariari posse, quod uidemus fuisse dubitatū, an ea specie, mutuū induceref, quando pecuniā tibi donaui, ut eam mihi crederes, ut dubitat Iulianus in l. si tibi pecuniā. ff. si cert. petat. Quod cū ita sit, frustrà mihi mirari uidenī, qui dubitant, cur certi condictio, quæ ex mutuo competit, stricti iuris potiùs sit, q̄ bonę fidei interpretationem admittat. Eodem hoc propè modo dilui potest, quod de arbitrarijs actionibus obiectū est. Verū quia hæc solutio, quantū ad arbitrarias actiones, plus uideī habere difficultatis, propterea latiùs explicanda est. Negari non potest, quin arbitrariæ, ac bonæ 22
fidei actiones, maximā simul cōmunionē habeant. Etenim, sicut in actionibus bonæ fidei, iudicis arbitrio multa permittuntur, ita etiam in actionibus arbitrarijs. Item, sicut in actionibus bonæ fidei, hoc arbitrium non prorsus liberum est, sed ad ea restrictum, quæ bonæ fidei, atque ęquitati, consentanea sint. §. in bonæ fidei. inst. de action. Ita in arbitrariis, debet iudex, ex æquo, & bono, & secundum cuiusq; rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. §. præterea. inst. eo. tit. Attamen dubitandum non puto, quin ab arbitrarijs, bonæ fidei actiones differant, ostendit hoc primò Paulus in l. in bonæ fidei. ff. de eo quod cert. loc. cum dicit, nō esse locum actioni arbitrariæ, quoties bonæ fidei actionem habemus. Pręterea etiam apertè hoc docemur à Iustiniano, qui in §. actionum, de arbitrarijs nullam facit mentionē, & tamē, ut uidimus paulò antè, oēs prorsus bonæ fidei actiones, diligenter enumerat.

Neque

Neque obstat, quod nonnulli animaduertunt, ipsum scilicet Iustinianum, post enumeratas bonæ fidei actiones, ita transire ad arbitrarias, ut dicat, Præterea quasdam actiones arbitrarias esse. Quibus uerbis, uidetur superioribus actionibus bonæ fidei, alias nõnullas adiicere uoluisse. Respondeo enim, illa adiectione, Præterea, commune tãtùm utrisque attributum demonstrari, nimirum pręter actiones bonæ fidei, alias insuper esse, in quibus iudicis arbitrium plurimum ualet. Iam uerò differentia inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris (ut cæteris omissis, quæ effectus potiùs respiciunt, eam tantùm afferam, quæ hasce actiones, specie inter se diuersas reddit) hæc mihi esse uidetur. Quod in actionibus bonæ fidei, negotii ipsius natura, quę uaria, & incerta est, id semper postulat, ut potiùs quid actum, quàm quid dictum sit, inspiciatur, sicq; attendatur bona fides, Ita .n.
23 mihi uidetur accipi bona fides, ut illi tunc locus sit, cum in dubio aliquo negocio, ipsorum contrahentium mens attenditur, & quod ipsos, ex bona fide egisse credibilius est, ita accipitur in l. bona fides .ff. depos. in l. ex maleficiis .§.1.ff. de action. & oblig. & in aliis legibus, quæ in materia actionum, uel contractuum, de bona fide mentionẽ faciũt. At in arbitrariis, hęc bona fides contrahentium non fuit potissima causa, cur iudici, arbitrio uti posse concederetur, cum non ea sit uarietas, atque incertitudo negotiorum, ex
24 quibus actiones arbitrariæ proficiscuntur, ut inter id quod dictum, & quod actum esse uideatur, ex bona fide diiudicari oporteat. Neque enim uidebimus in Publiciana hoc contingere, ut quod dictum est, uideatur pugnare cum eo, quod actum est, non in
25 actione ad exhibendum, non in noxali, non denique in aliis, quæ inter arbitrarias actiones censentur, si illarum naturam diligenter spectauerimus. Qua igitur ratione, lex uoluit, has quoque actiones à iudicis arbitrio pendere? Ego hanc rationem puto fuisse; operęprecium est considerare, harum actionum omnium, eam naturam esse (idque singulis percurrendis paulò post demonstrabimus) ut primo aspectu, petitionem uideãtur iniquam continere, & quæ iustissima aduersarii responsione, repelli possit. Eam ob rem ergo æquum non fuit, protinus probato facto, reum temerè condemnari, sed iudicem hîc quodãmodò mediatorem esse debere, existimatum est; ita ut prius diligenter inquireret, an contra, reus aliquid afferret, cuius meritò ratio habenda esset, mox ubi res exigeret, temperamentum aliquod inueniret, atque arbitraretur, in hunc modum potiùs, quàm illũ, actori satisfieri oportere, quod si eo modo, quo iudex fuisset arbitratus, reus actori non satisfecisset, tunc rectè posset illum condemnare, atque ea ratione, non obtẽ-
26 perantis contumaciam punire. Quanquàm uerò non me latet aliorum sententiam esse, ut non nisi post sententiam, in his actionibus, arbitrio iudicis locus sit: tamen uidetur mihi, ex Iustiniani uerbis, in .§. pręterea, contrarium apertè probari. Sed demonstrandum est, quomodò in actionibus arbitrariis, minùs aperta sit petitionis iustitia, etiam si quod ipse ponit factum, planè probauerit, totum enim hoc, est nostræ huiuscę rationis fundamentũ, & facili negotio uidetur mihi hoc posse intelligere, qui singulas illas actiones attentè considerauerit. Primo .n. si conueniar à te, Publiciana, potero dicere te nõ esse dominum, multoq; etiam iudici allegabo, nempè à quo habeam, quomodò habeam, quàm iustè detineam, quantum sim passurus incommodi, si ea res nunc mihi auferatur, atque eiuscemodi alia, quibus facilè unusquisque adduci posset, ut non æquũ esse fateretur, ad eius me rei restitutionem compelli. Si conuenies me, Seruiana, uel quasi seruiana, erit mihi in promptu illa responsio, ut dicam, de his rebus quas petis, nullum me pactum tecum unquàm iniisse, ac ne quidem nuda cõuentione eas tibi obstrinxisse.

Quod

Quòd si ad exhibendum contra me agas, rectè dixero, quid sibi rei meę inspectio est. uolo res meas mihi soli usui esse, alios uerò uel planè latere, habetq; hoc certè maximam æquitatem, cum uulgatum sit, suæ quemque rei moderatorem, & arbitrum esse, ita ut re propria uel abuti unusquisque possit. l. in re mādata C. mandati. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petit. hæred. §. sed & maior. Insti. de iis qui sunt sui, uel alie. iur. Contra illum quoque, qui, cum certo loco illi dare promisissem, alio loco me conuenit, probabilis responsio erit. Quid me hîc interpellas, ac maiorem etiam quantitatem, propterea exigis? Bononiæ dare spopondi, ibi pete, atque eandem quam spopondi quantitatem accipies. Aduersus eum, qui ex noxali causa agit, possum dicere, Quid mihi cum iis quę seruus meus deliquit? Solum ipsum seruum delicti culpa attingit, at si noxæ is tradatur, ad me damnum hoc pertinebit, quod profectò uidetur absurdum, arg. l. sancimus. C. de pœnis, & .l. non debet alteri. ff. de regul. iur. Ac denique, si conueniar actione de dolo, uel quod metus causa, probabili non carebo defensione, sic enim respondebo. Ecce res tua, quid quæris amplius? iniuria nulla es affectus, res ablata, tibi eodem statu iam restituta est, Quid tibi abest? Iam uidemus, non ea ratione constitutum esse, ut eiusmodi actiones à iudicis arbitrio penderent, quia debeat iudex, inter id quod actum est, & quod uerbis fuit expressum, diiudicare, & bonam fidem partium intueri (est .n. hoc tam alienum ab actionibus arbitrariis, quàm in bonæ fidei actionibus necessarium). Sed quia etiam post probatam actoris intētionem, potest reus, tam probabiles rationes afferre, ut non æquum fuerit, eam hisce actionibus formam tradere, per quam deberet omnino ipse reus, certis necessariisq; regulis condemnari, sed tota potiùs condemnandi ratio, ipsius iudicis arbitrio permitti debuerit, cum præsertim condemnatio, non solam semper rei restitutionem contineat, sed uel penam, & interesse, uel quanti in litem iuratum sit, quæ, quia non sunt in obligatione, officio iudicis præstantur, ut inquit Accur. in d. §. præterea, in uers. ex arbitrio. Meritò igitur dicuntur arbitrariæ, quia multò plus in illis, quàm in aliis quibuscunque actionibus, ualet arbitrium iudicis, & hoc aduertit Iustinianus, in d. §. præterea, cum exponit actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes, In actionibus uerò bonæ fidei, minùs liberum est iudicis arbitrium, utpotè quòd in eo tantùm positum est, ut quantùm ad nonnulla, quæ negotio ipsi principali accedunt, æstimet iudex, qùid partes ex bona fide egerint, Atque id causæ fuit, cur bonæ fidei potiùs, quàm arbitrariæ appellarentur. Multa etiam hac ista de re differunt 28 nostri interpretes, Accur. Faber, Iason, & alii, in d. §. præterea, dū quęrunt, an, & quo modò ab arbitrariis, bonæ fidei actiones distingui debeant. Verùm nos hæc, quæ hucusque diximus, ad ueritatem obtinendam satis esse arbitramur. His duobus obiectis penitus iam sublatis, quorum alterum, ad certi conditionem ex mutuo, alterum, ad actiones arbitrarias pertinebat, nihil iam amplius obstabit, quo minùs uerissima esse concludamus, quæ, quantùm ad bonæ fidei contractus, & actiones, supra docuimus, cum ab actionibus stricti iuris, illas distinximus. Aliæ insuper multæ possunt afferri differentiæ 29 inter bonæ fidei, & stricti iuris actiones, nimirum quæ ad id, quod interest, ad moram, ad usuras, ad fructus, spectant, traduntur q; ab Accursio, & aliis, in d. §. Actionum. Sed sunt hi potiùs effectus quidam, ac quasi riuuli, qui omnes ab uno illo, quem supra commonstrauimus fonte promanant, dum rationem adduximus, cur in bonæ fidei conuētionibus, non tam quid dictum sit spectari debeat, quàm quid actum sit, & quid offitiū probi uiri, bonæque fidei ratio exigat. Quod uel si multis legibus expressim traditur, ut

ut.l.quia tantundem.ff.de nego.gest. l. Lucius.ff. depos. l.in emptis.ff.de cōtrah.empt.
30 Tamen uno, uel altero subiecto exemplo clariùs intelligetur, quo pacto hoc totum, quod simpliciter hactenus tradidimus, ad praxim referendum sit. Seruo quem mihi debebas, dedisti uenenum, mihiq; posteà illum tradidisti, nunquid iudici facultas erit, de hoc dolo cognoscendi? Hanc quæstionem proponit Vlpianus, in l. eleganter.§.1.ff. de dolo, aitq; multum referre, utrùm ex empto agatur, an ex stipulatu, sicq; utrùm bonæ fidei, an stricti iuris iudicium sit; nam si ex empto, poterit iudex de dolo cognoscere, si ex stipulatu, non poterit. Habet uerò hæc differentia eam rationem, quia semper iudici (uel si à partibus is fuisset assumptus, ut in l. si conuenerit.ff.de iurisd.omni. iud.) prętor actionis formulam daret. In actione ex stipulatu, quæ stricti iuris est, dabat formulam in hæc uerba, si pateret Meuium, Sempronio Stichum seruum dare oportere, tum Meuius damnaretur, quæ uerba minimè dolum complectebantur. At in actione ex empto, ita formulam prętor concipiebat, si pateret Mæuium Sempronio Stichum seruum uendidisse, tùm quantum illum Sempronio ob eā rem dare, ex bona fide oporteret, tanti damnaretur, quę uerba, ex bona fide, cùm dolū omnem excluderent, meritò ad hunc casum extendebantur, cum seruo ante traditionem uenenum datum fuerat. Qua de re rectè dicimus, in bonæ fidei iudiciis actionem,
31 & exceptionem doli, contineri .l.huiusmodi.§.qui seruum .ff.de legat.1. l. si quis infirmauerit.ff.de dolo malo.l.sed si.ff.solut. matrim. Quæ uerò differentia fuit à nobis considerata inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris, eadem locum habebit, etiam si in eadem causa, & persona, actiones illæ concurrant. Fundum Tusculanum emisti à Titio, fructibus iam maturis, atque pendentibus, atque ab eodem Titio eundem fundum stipulatus es, siue uacuam eius fundi possessionem tradi: fructuum uerò nequè emendo, neque stipulando mentionem ullam fecisti: refert hic plurimum utrùm, ex stipulatione agas, an ex empto actione utaris. Nam stipulatione, fructuum prestatio non continetur.l.3.§.1.ff.de action. empti.l.si filius familias.§.1. inf. eod. at si exēpto agas, fructus ēt consequeris, quia cùm de iis si minùs dictum, at saltem actum uideatur, certè bona fides, quæ in emptione exigitur, & quam iudex ex prætoris præscripto, in actionis formula concipienda, præ oculis semper habebit, ipsos quoque fructus præstari postulabit. At-
32 tamen nec fructus, nec usuræ, nec alia quæ bona fides præstari postulat, in obligatione sunt, sed iudicis tantùm officio (ut diximus) continentur.arg.l.quam.ff.locat.l.aduersus.C.eod. l. in bonæ fidei, cum multis simil. C. de usuris. docetq; hoc idem Bald. in l. 1. in fin. C. de usur. & fru.leg. Item Angel. in l.si marito.§.ulti. ff. sol. matri.ac cæteri ēt multis in locis, ac præsertim in .§.actionum, & in .§. 1. inst. de offic. iud. Et quamuis Accur. in d. §. actionum, uideatur de fructibus contrarium sentire, cuius sententiam, ut notabilem commendat Mathes. not. C1. tamen in hoc frequentiùs damnatur, ut aduertit Alex. in d.l.si marito.§.ulti.ff.sol.matri. Iam uerò cum stipulationem, stricti iuris esse perspicuū sit: sunt qui rectè, ex hoc concludi posse existiment, pactum inconti-
33 nenti appositum non inesse stipulationi, ac propterea ad agendum inefficax esse: putant enim inesse illud tantùm contractibus bonæ fidei, ac bonæ fidei actiones informare. Ita Socin. in l. 1. §. si stipulanti, infr. eo. Deci. in l. bona fides. C. de pact. ac recentiores nonnulli in d. l. petens. C. de pact. Fuitq; hæc sententia Christofori Portii, inst. quib.mo.re conth.oblig. Videtur autem hæc opinio optimè probari (ut alia multa præteream, quæ planè friuola sunt) legibus nonnullis, in quibus iurisconsulti, dum generatim statuunt,

tim statuunt, pactum incontinenti appositum contractibus inesse, de bonæ fidei contractibus tantùm loquatur, ut Vlpi. & Maximil. in l. ius gentium .§. quinimò .ff. de pact. & l. in bonæ fidei. C. de pact. Nec enim temerè factum fuisse existimandum est, 34
ut ad contractus bonæ fidei, hoc pronunciatum iurisconsulti coangustauerint. Attamē contraria sententia, quæ frequentiùs recepta est (missis cæteris argumentis quæ parum stringunt) non minùs apertè probatur ex. l. lecta .§. dicebam .ff. si cæt. petat. Dicebam (inquit ibi Paulus) quia pacta incontinenti apposita stipulationi inesse creduntur. Sicque uidetur Paulus perspicuè aduersari Vlpiano, & Maximiliano, in legibus, paulò ante adductis. Quamuis uerò Decius, Bulgar. ac recentiores in d. l. petens. C. de pact. existiment, illa uerba Pauli esse restringenda, ut loquatur tantùm de pacto, quod respicit naturam contractus, quodq; propterea actionem ipsam non informat, sed reformat, ut cum de pecunia aliquid conuenitur, uel de die, qui pars summæ est. l. i. §. diem ff. de eden. tamen nemo non uidet hanc responsionem non esse eiusmodi, ut nós quietos reddere possit. Neque enim ita loquitur Paulus, ut ipsius uerba ex re subiecta restringi, aut declarari possint. Sed in ratiocinando, utitur generali pronuntiato tanquàm ab omnibus iam approbato, siquidem non solus asserit ipse, pacta incontinenti apposita stipulationibus inesse, sed quia ab aliis id iam receptum erat, ideo ex hoc ipso, propositam ipse quæstionem decidit; Maximè etiam huic sententiæ creditur suffragari. l. petēs. C. de pact. ubi non in particulari aliqua facti specie, sed absolutè statuitur, ex eo pacto 35
agi posse, quod post stipulationem statim interpositum est. Veruntamen hæc lex parū me mouet, uideo enim ibi loqui Diocletianum, de pacto stipulatione confirmato, non de pacto, quod stipulationi legem aliquā imponat, de quo nos loquimur in præsentia. Quare tota hæc difficultas ab eo pendet, quod dicit Paulus in d. l. lecta .§. dicebam.
Iacob. Cuiacius in d. l. iurisgentium. §. quinimò .ff. de pact. putat ea distinctione, hanc 36
quæstionem decidi oportere, ut dicamus, ex parte quidem rei, pactum stipulationi inesse, aliisq; item contractibus stricti iuris, atque ita loqui Paulum in d. l. lecta .§. dicebam; uerum ex parte actoris non inesse, atque id spectasse Vlpianum, in d. §. quinimò, Itemq; Maximil. in l. in bonæ fidei, dum solis bonæ fidei contractibus, hanc regulam accommodat, ut pacta incontinenti apposita, ipsi inesse credantur. Verùm hanc restrictionem, non uidentur mihi pati uerba Vlpiani in .§. quinimò, qui prius absolutè testatur, hoc pronunciatum in bonæ fidei iudiciis receptum esse, ac deinde distinguit, utrū ex parte actoris, an ex parte rei, ut facile intelligas, quantum ad iudicia stricti iuris, hanc distinctionem non esse necessariam. Nihiloq; magis certè hanc restrictionem patiuntur uerba Pauli in d. l. lecta. §. dicebam, si perpendātur eo modo, quo nos paulò ante illa perpendimus. Ludouic. Charonda lib. 2. uerisim. cap. 9. cùm uideat quàm difficilè 37
sit, hac in re aliquid reperire, in quo animus acquiescere possit, eò fertur coniectura, ut putet horum iurisconsultorum, Pauli, & Vlpiani, contrarias hac de re sententias fuisse. Quod ipsum ego sanè, nisi alia uiderem obstare, non per se absurdum esse iudicarem, cùm præsertim uerisimile sit, aliquam inter eos fuisse emulationē, atque in dicendis sententiis dissensionem, quos ambos constat eiusdem Imperatoris, nimirum Alexandri Seueri consiliarios, atque ambos pariter præfecti Prætorio assessores fuisse. Sed uerba, quibus ipsi iurisconsulti utuntur, huic coniecturæ planè aduersantur. Considerandum est enim, neque Vulpianum d. §. quinimò, neque Paulum in .§. dicebam, ex propria sententia id dicere, quod nobis hoc tempore negotium facit, sed utrumque illud referre,

tanquàm

tanq̃ passim,ab aliis quoq; tūc receptum. Attamen cū eodem illi tēpore uixerint,absur dū planè est eadē de re cōtrarias tūc sentētias fuisse receptas,nam Vlp.in §.quinimò,ver. solemus. Solemus.n.(inquit)dicere,pacta cōuēta inesse bonæ fidei iudicijs: & Paulus in l.lecta.§.dicebā. Dicebā,quia pacta incōtinēti apposita stipulationibus inesse credū
38 tur,pinde esse,&c. Itaq; nō dubito,quin Carōdas ingēti errore capiatur.Quid ergo di cemus?Aut solus ego fallor,aut huius rei multò facilior explicatio est, q̃ vulgò cæteri arbitrētur.Ante oīa illud puto animaduertēdū Vlpianū,in §.quinimò,cū refert nobis quo modò hæc regula usurpari soleret,loqui de bonę fidei iudiciis,nō de bonæ fidei cōtracti bus,ait enim,sic dici cōsueuisse,pacta cōuēta inesse bonæ fidei iudiciis; at uidemus secus loqui Paulū in §.dicebā, loquit̄.n.nō de iudiciis, sed de stipulationibus,aitq;, uideri pa-
39 cta incōtinēti apposita,stipulationibus inesse. Quæ duæ regulæ (sentētia mea) nō modò nō simul pugnāt,sed mirificè simul cōsentiūt,ac maxima cū ratione traditæ sunt. Rectè dicūtur pacta cōuēta inesse bonæ fidei iudiciis,quia pacta,quę adiiciunt̄ cōtractui bonæ fidei,differunt ab ipso cōtractu,ac distinctā ab eo naturā habēt: unde nō dicunt̄ inesse illi cōtractui ; sed quia in iudicio,eorū quoq; pactorū habet̄ ratio,propter illa uerba ex fide bona,quæ in tradēda actionis formula prætor addebat;ideò illa pacta licèt nō insint cōtractui,sed ab eo planè distincta sint,tñ uerè ipsi iudicio inesse dicunt̄; nec quicq̃ aduer-
40 sat Maximi.in l.in bonæ fidei,quia licèt nō loquatur de bonę fidei iudiciis,sed de cōtra ctibus,tñ nō dicit bonę fidei cōtractibus inesse pacta, sed dicit in bonę fidei cōtractibus ex pacto nasci actionē,si incōtinēti fiat,quorū uerborū idē sensus est,ac si dixisset,bonæ fidei iudiciis inesse pacta,quæ sunt(ut diximus)ab ipsis cōtractibus distincta. At pacta in cōtinenti adiecta stipulationi,uel aliis cōtractibus stricti iuris,si modò cū iis cōpatibilia sint,ipsorū cōtractuū substātiā perficiūt,nec uerè ab ipsis distincta sunt, ut de singulis iā
41 statim demōstrabimus.Quare ratio in prōptu est,cur stricti iuris iudiciis inesse non possint ; quomodò.n. præter cōtractū, pacta quoq; cōtractui adiecta iudiciis inerūt, si ipsa pacta p se nō cōsiderātur,imò, & p se nihil planè sunt ? Sed uideamus quid causæ sit,cur pacta adiecta cōuētionibus stricti iuris nō sint ab ipsis distincta,ut sunt distincta à cōtractibus bonæ fidei, qñ ipsis adiiciunt̄; nam ex hoc simul intelligemus qua ratione hæc ipsa pacta incontinēti adiecta post stipulationes,ipsis stipulationibus inesse credātur. Stricti iuris contractus, de quibus Vlpianus,& Paulus loqui potuerūt hi sunt, nēpè contractus īnominati, mutuū, & stipulatio, donationē omitto, quia tūc illa inefficax erat, nisi uel stipulationis,uel traditionis p̄sidio nitēretur.Quod attinet ad contractus īnominatos,uidet̄ mihi satis perspicuū esse posse,pacta quę incontinēti iis adiiciūtur,nō esse ab ip
42 sis distincta; etenim cū nulla res alia, q̃ ipsis pactis ultrò citroq; factis, constēt contractus īnominati,non possunt habere naturā ab ipsis pactis separatā.Itaq; quoties post contractū īnominatū incontinēti pactū aliquod adiicietur, incipiet ille contractus nouā nego tii formā habere,quæ nouū illud quoq; pactū continebit.Neq;.n.certā aliquā formam, aut naturā habet,sed quasi quidā Proteus pro negotiorū,ac pactorū uarietate quibus ip se constat,uarias figuras assumit. Vnde etiā factū est, ut pro eiusmodi contractibus,nulla
43 certa actio cōpeteret,sed prout uerba hoc,uel illo modò concepta erāt, ita actionis formula ad id,quod conuenerat accōmodata,conciperet̄, ac ꝓpterea appellata est actio p̄scriptis uerbis,utpotè q̃ p̄scriptis uerbis rē gestā demōstrat.l. cū mota,in fi.C. de trāsact. l.2.& 4.ff.de p̄script.uerbis.Neq;.n.p̄tor formulā ex edicto suo sumebat,sed litigatores ipsi suo marte,uel iurisconsulti alicuius opera,actionis formulā concipiebāt, secūdū pactū inter eos conuentū, atq; in ea uerba & sponsionem faciebant, & iudicium à prętore

FF impetrabant.

impetrabant. Quod totũ eò ſpectat, ut cognoſcamus cõuẽtiones illas, ſeu cõtractus, pro
quibus cõpetit actio pſcriptis uerbis, non habere certã naturã, ac ſeparatã ab illis pactis,
quæ ipſis fortè adiiciant. qua ex re fit, ut neque pactũ incõtinẽti adiectũ cõtractui, ſeor-
ſum cõſiderari poſſit, tanq̃ à contractu ipſo diſtinctũ, cũ nulla ratio ſit, cur minùs ipſum,
quàm cætera pacta, illius cõtractus formã perficiat. Quocircà nec rectè dicet ineſſe iudi-
cio, quod eo nomine inſtituit; ſicut nemo dixerit, iudicio empti ineſſe pacta de augẽdo,
uel minuẽdo pretio; quæ cũ emptionis ſubſtãtiã attingãt, nõ ſunt ab ipſa emptione diſtin
cta, ſed nouã emptionẽ cõſtituũt, ut diſertè tradit, in l. pacta cõuẽta. ff. de contrah. empt.
Quod diximus de cõtractibus ĩnominatis, idẽ, & de mutuo affirmamus; nimirum pacta
mutuo adiecta, nõ poſſe ipſius iudicio ineſſe: ſed tñ nõ eadẽ rõne hoc fit, nimirũ, quia q̃
extrinſecus cõueniũt, mutui ſubſtãtiã perficiãt, ſed quia cũ huius cõtractus certiſſima, ac 44
planè inuariabilis natura ſit, ſemperq; neceſſe ſit idẽ genere, quãtitate, & qualitate, reſti-
tui, quoties pacto extrinſecus aliquid adiicit, protinus mutuũ eſſe deſinit, ac fit potiùs
cõtractus ĩnominatus, do ut des, uel do, ut facias. Itaque quoties ponis mutuũ eſſe, atq;
ex eo agi poſſe, illud quoq; cõcedas neceſſe eſt, nulla extare pacta, quę ipſius iudicio ineſ
ſe poſſint. Demũ uerò, ut ad ſtipulationes ueniamus; cur pacta incõtinẽti ſtipulationib⁹
adiecta, ipſarũ iudiciis nõ inſint, eadẽ planè ratio eſt, quã in cõtractibus ĩnominatis addu
ximus: nimirũ quia cũ ſtipulationi nullũ peculiare negotiũ propoſitũ ſit, ex quo certã ip 45
ſa naturã aſſumat; idcoq; nec pter ordinẽ interrogationis, ac reſpõſionis ullã propriã for
mã habeat, ex hoc fit, ut quoties poſt ſtipulationẽ aliquid cõuenit, ĩ quo ſtipulationis pa
cto aliquid adiiciat, uel detrahat, iam nõ amplius, idẽ ſit ſtipulationis pactũ, quod prius
erat, ſed poſteriore conſenſu mutet, & noua ſtipulatio inducet, ut perſpicuè ſentit Vlpia-
nus in l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, in fin. neq; enim quicq̃ refert utrũ reſponſionis diuerſitas
placeat incõtinẽti, an incõtinẽti poſt ſtipulationẽ aliquid cõueniat. Quocircà rectè hinc
cõcludit, poſteriùs pactũ verè ab ipſa ſtipulatione nõ eſſe diſtinctũ, ac propterea ipſius ſti
pulationis iudicio nõ ineſſe. Atq; ita illud accipiẽdũ eſt, quòd pacta incõtinẽti appoſita
(quẽadmodũ dicit Paulus) ſtipulationi ineſſe credant, uępè, ut quoties poſt ſtipulationẽ,
aliquod pactũ illico ſubſequit, perinde ſit, ac ſi eadẽ ſtipulationis forma, & ſolẽnitate il-
lud quoq; cõtineret: trahitur. n. hæc forma etiã ad ſequẽs pactũ, ita ut poſteriore pacto,
prius mutet, ac reformet, ut in d. §. ſi quis ſimpliciter. Quare tãtũ abeſt, ut ſimul pugnent
duæ iſtæ regulæ Vlpiani, & Pauli, ut imò una ex altera neceſſariò ſequat; nã ſi pactũ incõ 46
tinenti appoſitũ (quẽadmodũ dictũ eſt) credit ineſſe ſtipulationi, ac ſtipulationẽ ipſam
reformat, nec iam amplius ab ea diſtinctũ eſt, reliquũ eſt, ut in iudicio, quod hoc nomi-
ne inſtituit, pter ſtipulationẽ, nihil aliud cõtineatur. Itaq; rectè Vlp. ſtipulationẽ ab illa re
gula excluſit, qua traditũ eſt, pactũ incõtinẽti appoſitũ, bonæ fidei iudiciis ineſſe, quod
& de aliis pactis iam demõſtrauimus, quę cæteris ſtricti iuris cõtractibus adiiciũtur. Sa-
tis iam ex prędictis intelligitur falſum eſſe, quod frequentiùs noſtri crediderunt, nimirũ 47
regulam. §. quinimmò; etiam ad contractus ſtricti iuris porrigendam eſſe. Intelligitur præ
tereà non minùs illos quoque errare, qui ſententię cõmuni aduerſantes pdictã regulam
à cõtractibus ſtricti iuris, ita excludunt, ut quia pacta incõtinẽti adiecta, ſtricti iuris iudi-
ciis nõ inſunt, propterea exiſtimẽt planè inutilia eſſe pacta, quę poſt cõtractus ſtricti iuris 48
incõtinẽti apponuntur. Quæ uerò argumẽta ad id probandũ ipſi adducunt, ueluti nõ de
bere extendi, quæ ſtricti iuris ſunt. l. quicquid aſtringendæ. inſ. eo. Itẽ uerba ſemper con-
tra ſtipulantem accipienda eſſe, hæc (inquam) atque alia eiuſmodi argumenta, quę
in propoſita

in proposita quæstione afferuntur, non modo friuola sunt, sed à ueritatis semita prorsus aberrant, ut facilè unusquisque intelliget, qui ea, quæ proximè diximus, attentè considerauerit. Nihiloq; magis obstat, quod dicitur in l.4.§. si stipulanti mihi: siquidem negamus ibi adesse præsumptum consensum, ex quo pactum perfici possit; qua de re supra in materia pollicitationum latissimè disseruimus. Attamen Bart. in l. lecta, in fi. ff. si cert. pet. nu.29. non longè mihi uidetur ab iis, quæ diximus dissentire, dum considerat, non dixisse ibi Paulum, pacta incontinenti apposita, actioni, uel obligationi inesse, sed stipulationi. Ideoq; concludit perinde esse, ac si pacta ipsa in stipulationem fuissent deducta. Verùm hîc probabiliter dubitari potest, cur si non minùs efficacia sunt pacta,
49 quæ cæteris contractibus stricti iuris, quàm quę stipulationibus apponuntur, de solis tamen stipulationibus ea regula nobis tradita fuerit, ut pacta incontinenti apposita, ipsis stipulationibus inesse credantur. Crediderim ego id causæ fuisse, quia in cœteris contractibus stricti iuris, nec etiam primo ueritatis cortice inspecto, dantur ulla pacta incontinenti, eadem de re interposita, quæ uel non mutent ipsum contractum, (ut in mutuo fit)
1 uel non ipsius contractus pars sint, ut uidimus fieri in contractibus innominatis. Quare nihil fuit necesse considerare utrùm, ea pacta contractibus inessent, uel non inessent, cũ nullo planè modo ab ipsis contractibus distincta sint. At cum post perfectam stipulationem, incontinenti aliquid conuenitur, uerè hoc pactum à stipulatione distinctum esset, nisi ex legis interpretatione, stipulationi inesse crederetur.

ARGVM.

IN illa quæstione, qua ratione inuenta sit stipulatio, multa à nostris, & frustrà, & falsò tradi, quorum uerior explicatio, ex supra dictis desumi possit. In eo uerò quod disputant, utrùm stipulatio adiecta contractui innominato, ipsius naturam imitetur, non nulla capita accuratiùs esse distinguenda, in quorum primò reprehenditur Socinus, quòd actionem præscriptis uerbis, quæ oritur ex contractu innominato, non natiuam, sed datiuam esse existimauerit.

1 Reprehenditur Castrensis, qui etiam ob promissiones iudiciales, putauit esse necessarium stipulationem inuenire.
2 Falsum est, uestiri pactum calore iudicij.
3 Non est concedendum ullos fuisse casus, in quibus iure gentium non esset prouisum.
4 Fideiussiones, acceptilationes, nouationes, aliæq; id genus promissiones, iure gentium non fuerunt inefficaces.
5 Inueniendæ stipulationis ratio.
6 Quando sit locus illi regulæ, ut nostra intersit habere plura remedia.
7 Duo sunt, quæ contractibus innominatis creduntur esse peculiaria.
8 Quid frequentiùs Doctores sentiant de stipulatione contractibus innominatis apposita.
9 In proposita quæstione, nempè de stipulatione contractibus innominatis apposita, tria capita distinguuntur.
10 Quid per se possint contractus innominati ante implementum.
11 Tres quæstiones, de effectu stipulationis adiectę contractibus innominatis ante implementum.
12 Facit stipulatio, ut ante implementum agi possit.
13 Ex contractibus innominatis, non natiuam, sed tantùm datiuam actionem competere, existimat Socinus.
14 Quomodo Accur. Bart. & alii, actiones natiuas, à datiuis distinguant.
15 Vlpiano aduersatur Socinus, dum præscriptis uerbis actionem negat esse natiuã.
16 Communis distinctio natiuæ, & datiuæ actionis, à ueteribus iurisconsultis confunditur.

CAP. XXXVIII.

HAbemus iam non modò quid ſit, ſed etiam qualis ſit ſtipulatio,nunc uerò inſti
tuti ordinis ratio poſtularet, ut uideremus,qua ratione inuenta ſit ſtipulatio,
quã quæſtionẽ proponit hîc Caſtrenſis,in 4.qõne, & latiùs deinde cęteri proſe
quunt.Alex.col.2.Bald.nouellus nu.26.Soci.nu.19.Butigel.col.7. multòq; etiã fuſiùs re
cẽtiores.Mar.Soc.in 5.qõne nu.163.Iacob.Mandel.in 7.dubit.nu.151.Læonius,in 11.qõ.
nu.231. At nobis hac in re cõmorari non eſt neceſſe,quandoquidem ex ijs,quæ uariis in
locis ſupra docuimus,facilè poſſumus intelligere,non modò,quæ ſtipulationis inueniẽ-
dæ cauſa extiterit,ſed etiã quomodo alia nonnulla accipienda ſint, quæ huius rei occa-
ſione,magno apparatu hîc à noſtris diſputantur,dum Caſtrenſis dicta perpendunt, quo
niam docuerat Caſtrenſis ſtipulationẽ,partim ob utilitatem inuentã eſſe. arg.l.5.§.con-
uentionales.inf.eo.partim ob neceſſitatem,ut in caſibus iuriſgentium adminiculo deſti-
tutis,ad quam rem argumento eſſe dixerat,non tantũ promiſſiones fideiuſſorum,quæ ſi
ne ſtipulatione inutiliter fiunt, ſed etiam promiſſiones iudiciales; Quantum ad has pro 1
miſſiones iudiciales,reprehendunt illũ cæteri interpretes,ac præſertim Alex.& Iaſ. quòd
dicant,hac de cauſa ſtipulationes haud quaq̃ fuiſſe neceſſarias, cum etiam nudum pa-
ctum in iudicio factum pariat actionem, ſi minùs ſemper,ac ſaltem quando ipſi iudicio;
aliquo adiumento eſſe poteſt,ut docent Accur.in authẽ.generaliter,ver.cõſcribat.C.de
epiſc.& cler.Alex.& Doc.in l.pacta nouiſſima.C.de pact.arg.l eũ qui, ubi Accurſ.ff. de
in ius uocan. Nos uerò has omnes diſputationes planè inanes eſſe iudicamus,tum quia
falſum eſt, id quod omnes hîc ponunt, ueſtiri pactum calore iudicii,quemadmodũ ſu- 2
pra oſtendimus,tùm etiã quia minimè admittendũ putamus,ſtipulationũ inuentores,de
ſtipulationibus potiùs inualidis,aut de fideiuſſoriis magis,quàm de aliis cogitaſſe, ut ne
que diſtinctionem illam probamus,de caſibus à lege prouiſis(ut Caſt.conſiderat)uel nõ
prouiſis;ſiquidẽ negamus ullos eſſe caſus,quibus iure gentiũ prouiſum nõ fuiſſet, quòd 3
enim nudæ conuentiones,ad petendũ inefficaces ſint,hoc non niſi iure ciuili Romano-
rũ inductũ fuit,ut teſtis eſt Paulus lib.2. recept. ſentẽt. tit. 14. & probat in l. ſi tibi.C. lo-
cat. Itaq; nõ cõcedimus inefficacẽ iure gentiũ fuiſſe fideiuſſionẽ, aut acceptilationẽ,aut 4
nouationẽ,pœnæve promiſſionẽ,uel uſurarũ,aut dotis reſtituendæ, licèt poſt regulã illã
iure ciuili introductã,ne ex nudo pacto agi poſſet , fuerit pariter inductum,ut promiſſio
nes illæ omnes,ſine ſtipulatione inutiles eſſent.l. blanditus.C. de fideiuſſ.l. 1. l. an inutilis
§. acceptum,& l. uno.§.1. ff. de accept. §. itẽ per acceptilationem, inſt. quib. mod. tolli.
oblig. l. ſeruus ea lege, & ibi not. ff. de ſeru. export. l. quamuis. 1. C. de uſur. l. auia. C.
de iur. dot. Fecit enim in primis præiudicii ratio, præter alias rationes , quæ nobis facilè
in ſingulis ſpeciebus occurrẽt,ut uel ſi noſtrarũ legũ auctores, multas cõuẽtiones nudas
uariis de cauſis approbarint , p̃dictas tñ promiſſiones nudo pacto factas minimè appro-
bãdas iudicarint, quanq̃ in nouatione hoc perpetuũ nõ eſt; ſiquidẽ illa,& ſine ſtipulatio
ne interdũ fit.l. ſi mãdato meo,in fin.ubi Accurſ. ff. mandat.quã legẽ,ut ſingularẽ,atque
animaduerſione dignã,cõmẽdat Bar.in l.1.col.1.verſ.ſed quæro.ff.de nouation.Quapro
pter miſſis multis,q̃ de inueniẽdæ ſtipulationis cã,à noſtris differunt,nos unico uerbo eã 5
tradimus,quã & ſupra aliquotiẽs nobis attingere cõtigit: cũ.n.ut (ſæpe diximus) multæ
eſſent cõuẽtiones dubię,atq; incertę,quarũ æquitas nõ niſi in ſingulis ſpecieb⁹ex cauſis,
& perſonis æſtimari poterat,ut generatim,atq; in uniuerſum, de iis quoq; poſſet lex de-
cernere,

cernere, cõsentaneũ fuit, remediũ aliquod excogitare, quod eorũ qui cõueniũt uolũtatẽ clariùs indicaret, & obligatiões firmiori quasi uinculo adstringeret. Ideoq; uerè dici potest, firmãdarũ obligationũ gratia, inductas esse stipulatiões, cũ alioquin necesse fuisset, multas obligationes, legis approbatione destrui, quæ uel si nõ tàm certã æquitatis speciẽ haberent, ut generatim potuerint approbari; tamen inefficaces esse non debuerint. Vnde Paulus lib. v. recept. sent. cap. 7. obligationum (inquit) firmandarum gratia, stipulationes inductæ sunt, quæ quadam uerborum solemnitate concipiuntur, & appellatæ sunt, quòd per eas firmitas obligationũ cõstringitur. Negari non potest, quin quantum ad illas quoque obligationes, quæ uel per se efficaces alioquin fuissent, possint esse usui stipulationes. Verumtamen crediderim (ut dixi) stipulationis inuentores, ibi tantùm in animo habuisse, ut illis obligationibus quasi opem afferrent, quæ alioquin fuissent inefficaces; neque illud cogitasse, quòd nostra intersit, plura habere remedia, cùm
6 illi regulæ tunc locus sit, cùm plures actiones, licèt eiusdem rei nomine competant; tamen non eodem planè respiciunt, ut in l. cùm filius .§. uariis .ff. de legat. 2. & in l. quod in hæredem .§. eligere .ff. de tribut. acti. Huic porrò quęstioni, quare inuenta sit stipulatio, altera illa maximè affinis, & connexa est, quos effectus operetur stipulatio, solent enim leges, cùm actum aliquem introducunt, eius ipsius effectus, imprimis ante oculos habere. Quoniam uerò cæteri stipulationis effectus notissimi sunt, id tantùm Doct. ferè omnes inquirunt in fine huius Rub. quid operetur stipulatio, quando apponitur super cõtractu innominato. Atque hoc ipsum, licèt generatim, & absolutè à multis quæratur, tamen duo capita sunt, in quibus potissimũ hæc quæstio disputatur, cùm enim
7 duo sint, quæ contractibus ipsis innominatis, præcipuo quodam iure conuenire creduntur, in utroque dubitant nostri, an stipulatione interposita, aliquid immutetur. Primum illud est quòd, qui ex contractu innominato tenetur aliquid dare, non uidetur posse præcisè ad illud dandum compelli, ut qui ex stipulatione obligatus est. l. ubi autem non apparet .§. ulti. & l. si seruum, in fi. in tit. nostro, sed soluendo illud quod interest liberatur .l. naturalis .§. 1 .ff. de præscript. uerb. l. 1. ff. de rerum permut. qua de re, latè Bart. in d. l. naturalis .§. 1. in l. stipulationes non diuiduntur, in 11. oppos. infr. eod. & in l. 1. in 4. quæst. C. de sentent. quę pro eo quod inter. Innocent. in c. sacro. de sen tent. excom. Quo circa dubitatur, quid iuris sit, si quod prius ex contractu innominato dare debebam, illud ipsum stipulanti postea promiserim, an scilicet tunc quoque stipulatio, propriam seruet naturam, ut ad dandum omnino me compellat, an uerò contractus, cui adiicitur, naturam imitetur, ac propterea eius quod interest solutionem admittat. Alterum esse creditur in innominatis istis contractibus peculiare, ut pænitentiam admittant .l. si pecuniam .ff. de cond. ob caus. cùm secus sit in contractibus nominatis .l. sicut. C. de action. & oblig. l. in ciuile. C. de rei uendic. l. non ideireò. C. de contrah. empt. Vnde similis hîc quoque dubitatio oritur, an scilicet stipulatio adiecta con
8 tractui innominato, pęnitendi adimat facultatem. In primo capite, existimat Socinus hîc, attendi magis naturam stipulationis, sicque debitorem ad dandum precisè compelli; cui assentitur Ias. iisdem fermè argumentis adductus, in l. Cum mota C. de transact. Contrariã tamen sententiam comuniori cõsensu cæteri probant. Alex. hîc in ulti. quæstione Angel. Imola, & Alex. in l. stipulationes nõ diuiduntur inf. eod. Bart. quoque ab hac parte fuit in l. cum mota. C. de transact. aliisque pluribus in locis, dum generatim concludit, stipulationem imitari naturam contractus, cui ipsa apponitur, nẽpe in

pe in l. si quis cum aliter, infr. eod. in l. ulti. ff. de condict. ob caus. & in l. in ędibus. ff. de donat. ac quamuis in l. 2. iuxta fin. C. de condic. ob caus. uideatur cõtrarium sentire, tamen quod ipse ibi dicit, non absolutè accipiendum est (ut rectè aduertit hîc Alex.) sed ex eo declarandum; quod accuratiùs docuit idem Bart. in d. l. cum mota, C. de trã sact. Ita frequentiùs concluditur, quantùm ad primum huius quæstionis caput. In po steriori capite, communior sententia est, attendi naturam stipulationis, ideoq; non da ri pænitentiam in contractu innominato, cui adiecta fuerit stipulatio; ita sentit Bald. in c. 1. in princ. extra de pact. quo loci generatim affirmat, in stipulatione nunquàm esse locum pænitentiæ, atque eius rei, in promptu rationem esse ait, cùm ea de causa inuen ta fuerit stipulatio, ut rerum promissarum fidem, inter homines astringeret, quod, & alibi sæpe inculcat, ut in l. sicut, in penult. quæst. C. de action. & obligat. & in c. 1. in fin. de uasal. qui contr. est, in usib. feud. Idem concludit Castrens. in l. si pecuniam, in princip. in 2. col. ff. de cond. ob caus. Alex. cons. 18. in 2. uol. cum quibus sentiunt etiam Bulgar. Crot. & Galiau. aliiq; recentiores nonnulli hoc in loco; magis tamẽ hîc Socino placuit contraria sententia, quæ fuit Romani, in l. sciendum, infr. eod. eandẽq; Aretin. & Ias. amplexi sunt in l. cum mota, C. de transact. Præter hæc duo uerò capita, absolutè etiam (ut dixi) atque in uniuersum nostri interpretes, hoc ipsum inquirunt, utrùm scilicet stipulatio in contractu innominato apposita, ipsius naturam sequatur. Attamen quæ ipsi hac de re dicunt, nequaquàm mihi uidentur ad ueritatem obtinen dam sufficere, maximè omnium elaborat hîc Socinus nu. 2. uers. secundum, quod col ligitur. Primò enim uarias cæterarum refert explicationes, atque ex Castrẽsi præsertim, uariis in locis multa describit, deinde num. 21. usque ad fin. huius Rub. nonnulla capi ta distinguit, in quibus singulis conatur ostendere, quid stipulatio operetur. Sed uide tur hoc mihi, cùm rectiùs distingui, tum etiam uerius determinari potuisse; nam nec distinguendo, omnia capita complexus est Soc. quæ necessaria sunt, nec determinãdo, ulla ferè ex parte ueritatem est assequutus, ut ex iis, quæ infra sumus dicturi, optimè (ni- 9
fallor) intelligetur. Itaque nos, quibus aliquantò accuratiùs, ac certiori ordine, hanc rem totam explicare propositum est, cùm uideamus permagni referre, utrùm post im plementum, an uerò anteà considerentur conuentiones istæ innominatæ, quibus sti pulatio adiicitur (quãuis promiscuè tam hoc, quàm illo modo, à nostris accipiantur, ut perspicuè ostendunt leges ab ipsis adductæ) propterea ex hoc potissimum, nostram desumimus distinctionem, triaque in hoc capita constituimus. Primum est, quando in eiusmodi conuentionibus correspectiuis, seu contractibus innominatis (rectè enim utroque modo appellare possumus) nullum adhuc interuenit implementum (Sic enim, & doctores plerunque accipiunt,) ac præsertim Socinus num. 20. & 21. Secundum est quando interuenit quidem implementum, sed non perfectum, ut considerat hic Soc. in 3. differentia, num. 22. uers. tertio loco, usque ad numerum 23. post Accurs. in l. iu risgentium, in uers. causam. ff. de pact. Tertium, & ultimum est, quando implemen- 8
tum interuenit, & illud quidem perfectum (intelligo ab una parte tantùm, cum alio quin dissoluta hinc, & inde obligatione, omnis planè difficultas esset sublata) atque hu ius tertii capitis explicatio omnium difficillima est. Nunc uideamus sigillatim in uno quoque capite, & quid possint per se contractus innominati, & quid stipulatio illis ipsis adiecta operetur. Quod attinet ad primum caput, quid per se possint contractus inno 10
minati ante implementum absque ullo stipulationis adminiculo, satis supra, tam ex cõ-

muniotibus nostrorum interpretum traditionibus, tum etiam ex nostra sententia aperuimus; cum de conuentionum correspectiuarum obligationibus locuti sumus. Concedunt hoc planè omnes(ut ibi diximus)non esse ortam ante implementum ciuilem obligationem, ideoq; nec actionem ullam competere; quod uerissimum est, & rectè probatur ex l.iurisgentium in princ.vers.sed & si.ff. de pact. Naturalem uerò obligationem communiter fatentur ortam esse,ut per Soci. hic nu. 22. licet id negauerit Bart. in l. petens.C. de pact. fatentur tamen eam longe debiliorem esse,quàm quæ ex simplici conuentione oritur, ut idem Socin. hîc declarat col. 3. nu. 9.atq; iccircò ex ea,ne exceptionem quidem dari uolunt, ad quam constat satis esse naturalem obligationem. At nobis constantissime hîc retinendum est,quod hac de re alias conclusimus, scilicet non minùs ex correspectiuis,quàm ex simplicibus cōuentionibus naturalem obligationem oriri, neq; ulla ex parte debiliorem,si modò pares utrobiq; terminos retineamus, ut latissimè supra explicauimus. Cum ergo non ignoremus quantùm per se ponderis habeant conuentiones correspectiuæ ante implementum, proximum est,ut perquiramus, quidnam stipulatio operetur,si illis ipsis fuerit opposita; quod quia latiùs patet, in tria problemata illud distinguimus; statuimus enim omnia prorsus diuidendo cōplecti,quanquam non æquè omnia explicando prosequemur,sed ijs tantū in rebus insistemus,quæ
11 difficultatis aliquid habebunt. Primò igitur uidendum est utrùm,ex stipulatione ipsa oriatur actio, quæ alioquin ex sola conuentione correspectiua ante implementum, non orirertur. Deinde vtrùm actio oriens ex stipulatione, exceptionem ullam admittat, & quam admittat, id quod etiam quærit hîc Socinus nu. 22. Postremò utrū præter istam actionē,quę ex stipulatione oritur,ipsa quoq; cōuentio correspectiua,tanquā uestita cohærentia stipulationis,præscriptis uerbis actionē producat. Omni prorsus difficultate caret primum problema, si per se illud spectemus; oriri enim actionem ex stipulatione,
12 etiam ante implementum,disertè traditur in l. ex placito.C.de rerum permut. Ex placito permutationis, nulla re sequuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta, ex uerborum obligatione quæsierit partibus actionem: & facit. l. cum mota. uers. aut enim.C. de transacti. At non æquè expeditum est, quod tradit Socinus hîc nu. 20. dum concludit hac ipsa in re,stipulationem non sequi naturam contractus innominati, putat enim ipse actionē, quæ ex stipulatione oritur,ab illa differre,quæ vel post implementum dari solet ex contractu innnominato: siquidem certam, specialem,& natiuam esse dicit actionem ex stipulatu,item certi cōdictionem,quæ ex stipulatione proficiscitur; quæ verò datur ex cōtractu innominato,nempè actio de dolo, uel præscriptis
13 uerbis, eam non natiuam, & specialem, sed generalem, & datiuam esse affirmat,l. iurisgentium in princ. uers. & ideo.ff. de præscripti. uerb. Quapropter inter alia quinq;,quibus ostendere conatur, contractus innominatos debilioris esse naturæ quàm nominatos,hoc quoq; percenset,quòd illi non natiuam pariant actionem, sed datiua tantum eo nomine experiamur. Verùm ego hac in re à Socino prorsus dissentio;animaduerto enim communem hanc distinctionem, natiuæ, & datiuæ actionis, contra ipsum pugnare, cum imò, ex ea optimè concludatur, actionem præscrip. uerb. qua in contractibus innominatis experimur, non datiuam, sed natiuam esse, quòd breuiter priùs explico;
14 deinde dicam quid de communi hac distinctione sentiam. Accurs. in l. ex legato.C.de legati. & in l. ex maleficijs.§. hæres.in uer. intelligitur supra,tit. prox. dum eandē hanc distinctionem tradit, ea re putat natiuas actiones à datiuis differre(quod nec Socinus inficiatur)

inficiatur) quia illæ naſcuntur, hæ uerò dantur à prætore, quoties iuſtum eſt ex aliqua cauſa actionem concedi, ex qua tamen nulla actio naſcatur; ac propterea exiſtimat, utiles actiones eſſe datiuas. arg. l. pater. C. de pacti. conuent. Fuſiùs uerò aliquantò proſequitur hoc Bar. in l. 1. nu. 5. ſupra, de actio. & oblig. ibiq; hoc ipſum, eo applicat exemplo, ut dicat ſolum primum hominem, communemq; omnium parentem, poſſe dici datiuum, cùm ex alio homine natus non ſit, ſed à Deo ſum. & opt. immediate creatus, cæteros uerò homines eſſe natiuos, quòd ex patre, & matre naſcantur: quare non ſecus de actionibus eſſe exiſtimandum. Quod uerò dicebat Accurſ. omnes utiles actiones, eſſe datiuas, de eo pleniùs ipſe diſputat, ac diſtinguit; quot modis, utiles actiones dicantur. Porrò autem tàm Accurſ. quàm Bart. aliiſq; omnes, qui de natiuis, ac datiuis actionibus loquuntur, hanc ipſam diſtinctionem, ex eo potiſſimum deſumunt, quod dicit
“ Vlpian. in l. iuriſgentium, in princ. uerſ. & ideo. ff. de pact. Et ideo (inquit) puto rectè
“ Iulianum à Mauritiano reprehenſum in hoc, dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manu-
“ mittas, manumiſiſti, euictus eſt Stichus; Iulianus ſcribit, in factum actionem à Prætore
“ dandam, ille ciuilem actionem, ideſt præſcriptis verbis ſufficere; eſſe enim contractum, quod Ariſto. συνάλλαγμα dicit, unde hæc naſcatur actio. Cum proptereà neget Vlpian. 15
actionem in factum eſſe dandam, quòd præſcrip. uerb. actio naſcatur; in hoc uidetur à natiua, datiuam actionem ſeparare. Iam uerò conſiderãdum eſt, ex hac ipſa lege, qua potiſſimum nititur cõmunis diſtinctio natiuæ, & datiuæ actionis, perſpicuè falſum id conuinci, quod Socin. hîc exiſtimat, actionem præſcrip. uerb. quæ oritur ex contractu innominato, eſſe datiuam, imò enim ex tali contractu naſci actionẽ præſcrip. uerb. dicit ibi Vlpia. Qua ratione natiuam rectiùs dixeris. Huc accedit, quod ab actione datiua, perſpicuè illam diſtinguit, dum dicit, actionem in factum iccircò non eſſe à Prætore dandam, quia ex contractu illo innominato, præſcrip. uerb. actio naſcitur: eam ob rem cætera quoq; hinc falſa reddũtur, quæ ex hoc Socinus deducit; nẽpè quòd proptereà contractus innominati debiliorem habeant naturam, quã contractus nominati, ex quibus actiones naſcuntur: Item quòd ſtipulatio, propter hanc actionum diuerſitatem, contractus innominati naturam nõ imitetur; nam uel ſi maximè aliis de cauſis poſſet hoc affirmari; tamen ex hac ipſa ratione, nunquam rectè id colligetur. Sic uidemus, 16
recepta etiam hac communi diſtinctione, Socinum nihilominùs reprehendendum eſſe. At non videtur mihi hæc diſtinctio, iuriſconſultorum ſententię ſatis conuenire; nã quæ actio dicitur naſci, in d. l. iuriſgentium, uerſ. & ideo, aliis multis in locis dicitur dari, ut in l. 1. in l. ſi tibi areæ. ff. de præſcrip. uerb. in l. 1. ff. de æſtimat. act. & alibi perſæpe. Contraq; etiam actio in factum, quę à Prætore decernitur, natiua dici poterit: etenim præexiſtentem aliquam æquitatem habeat neceſſe eſt, ex qua naſci non minùs dici poterit, quàm quæ ex certis cauſis oriuntur; uerum in hoc tantùm à cæteris differt, quòd æquitas, ex qua talis actio oritur, & à Prætore ipſo decernitur, ex cauſis, & perſonis, uariè colligitur. l. ulti. ſupra tit. prox. Itaq; leges non facilè illam præuidere, aut certis regulis complecti potuerunt.

ARGVM.

Vtrùm, quantùm ad uarias exceptiones, quę ex contractibus innominatis ante implementum oriuntur, ſtipulatio appoſita quicquam immutet. Et numquid præter actionem, quæ ex ſtipulatione proficiſcitur, ex ipſa quoque conuentione innominata, tamquàm ueſtita cohærentia ſtipulationis, præſcrip. uerb. agi poſſit.

1 In omnibus reciprocis conuentionibus,id generale est, ut qui petit, debeat prius offerre.
2 Inuoluit seipsum Socinus,dũ exceptiones inter se penitus diuersas,simul cõfundit.
3 Tria exceptionum genera in contractibus innominatis considerari possunt.
4 Exceptio,qua petitur contractum adimpleri,stipulatione non tollitur.
5 Non dubitãdum est,stipulatione tolli exceptionem,quæ ex conuentionis inefficacia proficiscitur.
6 Stipulatione non tollitur exceptio, quę cõpetit contra agentem ex alia causa.
7 Quantùm ad exceptionẽ,quæ sequuto implemento competit cõtra repetentem,nihil est necesse stipulationem cõsiderare.
8 Putat Bar.in l.ex placito,oriri actionem ex placito, tanquã uestito cohærentia stipulationis.
9 Quare hodie raró reperiantur contractus innominati, ex Bart. & Castr.
10 Defenditur Bar. qui primo aspectu poterat uideri sibi ipsi contrarius.
11 Ex sola stipulatione,uult Bar.agi posse,quãdo partes id in animo habuerunt,ut implendæ stipulationis gratia pacifcerenẽ.
12 Error eorum,qui putant propterea ex pacto oriri actionem,quòd illle credatur inesse stipulationi.

CAP. XXXIX.

EX tribus quæstionibus, quas primo hoc nostræ distinctionis capite excitauimus,
secunda illa fuit; utrùm, quando in contractu innominato apposita est stipulatio,
actio,quæ ante implementũ ex stipulatione oritur,exceptionem admittat. Existi-
mat hîc Socinus nu. 22. exceptioni locum esse; posse enim semper excipere, qui conue-
nitur ante implementum, ex reciproca conuentione, etiam si solemnitas stipulationis
fuerit adhibita; attamen dicit, non propterea stipulationem,à propria natura recedere,
aut contractus innominati naturam imitari, cùm & in cõtractibus nominatis possit ex-
cipere, qui conuenitur, nisi alter pro parte sua,iam promissa præstiterit, aut saltẽ præsta-
1 re paratus sit; siquidem generatim in quocunq; conuentionum genere, hoc receptum
est,ut cum de dando simul,ac recipiendo actum est,semper priùs offerre debeat,qui ue-
lit recipere.l. Iulianus.§. offerri.ff. de act. empt.l.ædiles 1. ubi Accurs. in uer. præstet,&
l. cum autem. §. Iulianus. ff. de ædil. edict. l. uenditor. §. ulti. in fin. ff. comm. præd.
ita Socinus, cuius uerbis, totum hoc, quod quærimus (ut mihi uidetur) inuolui-
2 tur potiùs, quàm explicetur; dum enim probare contendit, stipulatione apposita, non
tolli exceptionem in contractibus innominatis,de illa exceptione hoc ostendit, quæ in
quibuscunq; conuentionibus correspectiuis conceditur contra non implentẽ:neq; ani
maduertit se maximoperè æquiuocare,atq; unum exceptionis genus, cum altero planè
diuerso penitus cõfundere;siquidẽ in contractibus innominatis,oritur exceptio ex pœ-
nitentia,& tẽdit ad dissolutionem contractuum, at in emptione,alijsq; contractibus no-
minatis,qui ultròq; obligationẽ pariũt,oritur exceptio ex æquitate,ac tendit ad implen
dũ contractum, cum dicam, me ita demum uelle præstare id, quod promisi,si tu quoq;
id quod debes,soluere paratus sis. Nos igitur,ut perfectè, ac distinctè hanc rem totã ex-
3 plicemus;quoniã animaduertimus,triplex exceptionis genus in cõtractibus innomina-
tis posse cõsiderari,de uno quoq; sigillatim agemus. Vna est exceptio,quæ eò spectat(si
cut proximè diximus) vt conuentio perficiatur.l.Iulianus.§.offerri.ff.de action.empt.l.
ædiles 1.ff.de ædil.edic.cũ alijs supra adductis,& hæc vulgò credit esse exceptio iuris, cũ
etiã ante oblationẽ,ius actionis cõpetere existimetur,quod hac exceptione postmodũ
tollatur. Ego tamen in eã sententiam procliuior sum,ut putẽ hanc esse exceptionẽ facti,
hoc est, facto ipso tantũ, eã opponi;neq; .n. cõcedo ante oblationẽ, ius actionis cõpete
re, ut iuris exceptioni locus esse possit, uideturq; hoc mihi multò magis cõuenire uerbis

Vlp.in l. Iulianus.§ offerri.ff.de actio.empt.qui apertè dicit, non esse actionem,nisi pretium offeratur.Quod attinet ad hanc primam exceptionem,tantùm abest,ut illa tollatur stipulatione,ut potius ratione ipsius stipulationis, uere dicatur exceptio, cùm alioquin ante implementũ,nõ potuerit agi ex cõtractu innominato,sicuti proximè diximus; atq; ob id exceptio,non nisi nudo facto opponi potuerit. Nulla uerò ratio est,cur post stipulationẽ interpositam, non excipiẽdi facultas mihi esse debeat, cũ conuentio tunc quoq; reciproca sit; ideoque nihilominùs æquũ sit eum,qui petit,offerre; ex qua sola æquitate, hanc oriri exceptionem compertissimum est. Altera datur exceptio in contractibus innominatis,cui locum facit inefficatia conuentionis,quæ cùm ante implementum planè nuda conuentio sit, non tantùm habet uirium,ut ab alterutra parte debitorem inuitum urgere possit. Itaque semper, qui re integra conuenitur, potest petitionem reijcere,non quia hîc detur pænitentia,non enim magis datur,quàm si cõuentio simplex esset (dummodo in reiproca conuentione pares termini sint, ut fusè alias applicauimus) sed quia ipsi petitioni, deest ius persequendi,ut & in simplici conuentione deesset; propterea ergo facti est hæc exceptio, neque ex æquitate oritur, imò potiùs illi æquitati aduersatur,quæ uel nudo pacto datam fidem seruari postulat. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun. 4
Hanc porrò exceptionem, stipulatione tolli dubitandum nõ est,cùm promissioni alioquin inefficaci, robur afferat stipulatio, ita ut ex ea agi possit. l. ex placito.C.de rer.permut. At non propterea tamen concedendum est, stipulatione tolli pœnitentiam, cùm sine stipulatione,non magis hîc pœnitẽtiæ locus fuisset, quàm si simpliciter esset aliquid promissum, ut proximè dictum est. Tertia potest oriri exceptio ex contractu innominato ante implementum, quæ neque ad eum perficiendum tendit, neque ad eum dissoluendum, sed aliò spectat; competit enim contra agentem ex alia causa: siquidẽ nulla ratio est, cur magis de eo excipere possim,quod mihi simpliciter nudo pacto promissum est, quàm de eo,quod ea lege est mihi promissum, ut ego contra aliquid præstem, dummodò id ego præstare paratus sim; ut rectè ostendunt, quæ nos supra,hac de re diximus: et hanc exceptionem, stipulatione non tolli apertissimum est. Est & alia exceptio,quæ sequuto implemento,competit contra repetentem,illi quidem indistinctè,cuius gratia facta est conuentio.l. si cum fundum. ff. de pact. alteri uerò ita demum, si is non possit sine damno suo restituere, quod accepit. l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. Sed quantùm ad hanc exceptionem, nihil necesse est stipulationem considerare, quam clarum est nihil operari; idq; fateri cogimur,nisi uelimus stipulatione, præcedentem conuentionem magis infirmari; quare ut Socinus hanc prætermittit, ita nos quoque illam missam faciemus; ponit enim sequutum esse implementum: at nobis id tantùm in hoc primo capite propositum fuit, ut contractus ipsos innominatos ante implementum cõsideraremus.Superest tertia,& ultima quæstio,ex ijs,quę circa hoc primũ caput supra proposueramus. Vtrùm præter actionẽ,quæ ex stipulatione proficiscitur,ex ipsa quoque conuentione reciproca,tanquàm uestita cohærentia stipulationis, præscript. uerb. agi possit. Videtur hac in re Bart. secum ipse pugnare,ut & Socin. hîc animaduertit nu. 20. Sentit ipse Bart. in l.ex placito.C. de rer. permut. oriri etiam actionem præscriptis uerbis: siquidem duobus modis existimat eam ipsam l. ex placito, rectè intelligi posse, primùm, ut in actu conueniendi fuerit adhibita stipulatio, deinde, ut post factam conuentionem, incontinenti fuerit apposita. Vtrumque porrò dicit posse, illius legis uerbis conuenire. Verùm id ab uno, alterum differre, quòd primo 5 6 7 8

primo

mo casu, ex sola stipulatione actio oriatur, secundo uerò casu, oriatur non tantùm ex stipulatione, sed etiam ex placito permutationis, quod stipulationis cohærentia uestiri existimat. At videtur idem Bar. huic sententiæ aduersari in l. 2. C. de
9 condict. ob caus. cum dicit facere notariorum consuetudinem, qui hodie in omnibus instrumentis stipulationem aponunt, ut nunc perrarò contractus innominati reperiantur. Videtur enim in eo sentire, non extare ibi amplius contractum innominatum, ubi stipulatio fuerit apposita, ac propterea nec præscriptis uerbis actionem oriri posse; quod ipsum multò etiã expressiùs tradit Castrens. in ultimis uerbis huius Rub. ubi relatis uerbis Bartoli, subijcit id esse causæ, cur hodie rarò cõtractus innominatus reperiatur, quia post adiectam stipulationem, transit in contractum nominatum. Socin. hîc nu. 20. ita putat Bartolum à contradictione defendi posse, ut quàmuis in l. 2. dicat, post adiectam stipulationem contractui innominato, non esse amplius contractum innominatum, non tamen neget, quin inde oriatur actio præscrip. uerb. atque in hunc modum putat uerba quoque Castrensis esse accipienda. Verùm hæc expositio (iudicio meo) à mente vtriusque plurimum abhorret; nam cum dicant, protinùs apposita stipulatione, desinere esse contractum innominatum, non certè uidentur concessuri, præscriptis verbis actionem competere, quam ex contractu innominato, non ex stipulatione oriri concedunt. Hunc accedit quod Bart. in l. petens in 1. lect. C. de pact. clariùs mentem suam explicat dicens, uideri pactum præcessisse gratia implendæ stipulationis: sicque videtur ibi quoque ijs aduersari, quæ ipse docuit in l. ex placito. Verumtamen
10 non puto esse dubitandum, quin Bar. id constantissimè ubique retinuerit, quod docuerat in l. ex placito. C. de rerum perm. nimirum oriri etiam actionem præscriptis verbis quotiens non eodem planè contestu fiunt, & stipulatio, & contractus innominatus, sed post contractum incontinenti stipulatio apponitur. Nec obstat, quod in l. 2. C. de condict. ob caus. dixerit, rarò hodie reperiri contractum innominatum propter stipulationem, quam semper solent notarii instrumentis adscribere; siquidem nulla alia de causa uidetur mihi hoc dixisse Bart. nisi quia hæc cõsuetudo facit, ut rarò probetur contractus innominatus; non enim solent notarij distinctam facere mentionem, & de contractu innominato, & de stipulatione, sed simpliciter dicunt, hoc, & illud sibi inuicem partes per stipulationem promisisse. Itaq; ea sumitur interpretatio, quam alias uidimus sæpissime iurisconsultos sumere solere, ut quod agitur, simplex, atq; unum sit, atq; ex sola stipulatione actio oriatur. Quod si notarius distinctè de cõtractu innominato loqueretur, ac mox de stipulatione inconuenienti adiecta, non negaret Bart. quin hoc modo contractus innominatus reperiretur, atq; ex eo oriretur actio præscrip. uerb. Imò uidetur hoc ipsum in eo fateri, quòd non dicit, nunquàm reperiri contractũ innominatum propter stipulationem, sed rarò; sicque ostendit posse illum interdum reperiri, ut rectè animaduertit hîc Mar. Soci. nu. 336. quàmuis non bene in eo sentiat, quod existimat, etiam uerbis Castrensis posse hanc eandem expositionem accommodari; etenim Castr. apertè dicit, cõtractum innominatum, ob stipulationem appositã, transire in contractũ nominatum. Nihiloq; magis aduersatum sibi Bart. esse crediderim in eo quod dicit in
11 l. petens. C. de pact. posse agi ex sola stipulatione; puto enim omnino uerba ipsius, ita esse accipienda, ut eo tãtùm casu loquutus sit, quando partes id habuerunt in animo, ut gratia implendę stipulationis pacisceretur; quemadmodũ etiam Socinus Patruus hîc intelligit nu. 20. uer. secundo cõsidera. Nec sanè habet hoc diuinationẽ, ut primo aspectu

forſan quis iudicabit; nam cum dicit Bart. agi ex ſola ſtipulatione, eius lecturæ terminos ſibi proponit, quam primo loco refert Accurſ. nempè quãdo ſtipulatus ſum quod conuenisti, uel poſteà conuenies: quo caſu nemo negabit, maximam eſſe rationem, cur pactum credatur eſſe factum gratia implendæ ſtipulationis, eoque maximè, quia de ſimplici pacto ibi agitur, quod ſine ſtipulatione inefficax eſt, unde tantò uerisimilius eſt, in paciſcendo fuiſſe de ſtipulatione cogitatum: at in l. ex placito, apponitur ſtipulatio in placito permutationis, quod aliquo modo ſaltem, ſequuto nimirùm implemento, efficax eſſe potuiſſet. Itaq; uidetur hæc mihi Bartoli ſententia eſſe, ut ſiquidem pactum gratia implendę ſtipulationis fuerit appoſitum, oriatur actio ex ſola ſtipulatione, ita enim ipſe ſentit in l. petens: ſi uerò id præſumi non poſſit, tunc etiam non ſequuto implemento, præſcriptis quoque uerbis agi poſſit; ſic enim in l. ex placito, expreſſim tradit; quan diſtinctionem Socinus quoq; hîc amplectitur. At Soci. nepos. nu. 339. cum ſeq. non ſatis tutò id affirmari poſſe credit; ideo ſcilicet oriri actionem præſcriptis uerbis ex contractu innominato ante implementum, quia ſtipulatio fuerit appoſita: uerùm id, ab ea quæſtione pendere exiſtimat, utrùm pactum, ſicut veſtitur cohærentia contractus bonæ 12
fidei, ſic cohærentia ſtipulationis ueſtiatur. In qua quæſtione, licèt frequentiùs recepta ſit opinio affirmatiua, tamen nonnullis rationibus, Caſtrenſis in l. lecta. col. 2. ff. ſi cert. pet. Decius. in l. petens. col. 6. C. de pact. Socin. in l. 1. §. ſi ſtipulanti mihi, infra eo. conantur contrariam defendere. Verùm nos hac in re tota, longe aliter ſentimus; nam uel ſi concedamus, pactum ineſſe ſtipulationi, ac non reddi inutile, ut perperam multi crediderunt, tamen negamus poſſe illud conſiderari, ut diſtinctum à ſtipulatione; quam ſententiam accuratè ſupra defendimus, in illa quæſtione, utrùm pacta in continenti adiecta, ſtricti iuris iudicijs inſint, quemadmodum iudicijs bonæ fidei. Quare quod vulgò creditur, præter actionem quæ oritur ex ſtipulatione, ex ipſo quoque nudo pacto oriri actionem præſcriptis uerbis, hoc planè falſum eſſe exiſtimamus, credimus enim, ex ſola ſtipulatione agi poſſe, ut optimè oſtendit Diocle. in d. l. ex placito. C. de rer. permut. quamuis non deſint, qui eius legis ſenſum fruſtrà ſtudent inuertere. Ex ijs porrò, quæ ſupra diximus, adeò clara huius quæſtionis explicatio redditur, ut nunc diutiùs in ea immorari, minimè ſit neceſſe.

ARGVM.

QVi ſint effectus oblationis, itemque implementi imperfecti in contractibus innominatis, ac quid ſtipulatio ijs adiecta, quantùm ad utrunque operetur.

1 Quomodo à noſtris accipiatur implementum imperfectum.
2 L. ſi pecuniam. §. item ſi quis. ff. de condict. ob cauſ. intel.
3 Non rectè Doct. confundunt oblationem, cum alio implemento imperfecto.
4 Cur in contractibus nominatis correſpectiuis, plus momẽti habeat oblatio, quã in contractibus innominatis.
5 Vtrũ ex ſolo implemento imperfecto, oriatur actio in contractibus innominatis.
6 Diſtinctio inter implementum illius, cuius gratia fuerit facta conuentio, & implementum alterius.
7 Implementum illius, cuius gratia nõ eſt facta conuentio, non attenditur, niſi habita ratione eius quod intereſt.
8 Etiã imperfectũ implementũ illius, cuius cõmodũ dedit cauſam cõuentioni, ſatis eſt, ut ex cõtractu innominato agi poſſit.

Facit

9 Facit stipulatio, ut oblatio idem operetur in contractibus innominatis, quod in nominatis operatur.

10 Quoad partium intentionem nihil mutat stipulatio.

CAP. XL.

HActenus uidimus, quid nam stipulatio adiecta contractibus innominatis operetur ante implementum: nunc uerò id ipsum perquiramus; quando implemẽtum quidem interuenit, sed illud imperfectum: erat enim hoc secundum caput illius distinctionis, quam supra proposuimus. Quomodò accipiendum sit hoc semiplenum, siue imperfectum implementum, ostendit Accurs. in l. iurisgentium, in princ. in ver. causam. ff. de pact. Item Socin. hîc nu. 22. ver. ex quibus tertio loco: afferunt. n. illud exemplum, quando unus offert, id quod debet: neque. n. qui offert, perfectè impleuisse existimandus est. Alio prætereà utuntur exemplo, quod desumunt ex l. si pecuniã. §.
1 item si quis. ff. de cond. ob caus. Dederas mihi pecuniam, ut seruum emerem, & manumitterem, emi, sed non manumisi; potest quidem hoc dici implementum, propter emptionem, sed perfectum non est, donec sequuta fuerit manumissio: atque hoc exemplũ confundunt ipsi planè cũ superiori: nam quod dicunt de oblatione, probant ex hoc ipso. §. Item si quis: quapropter quemadmodum hîc decidit Vlp. hoc semiplenum implementum, nimirum emptionem, non esse impedimento, quo minùs, quantùm ad manumissionem propositum reuocare possim, ac seruum emptum repetere, ita concludunt, solam oblationem in contractibus innominatis, pœnitendi facultatẽ nõ auferre: ideoq; non tantùm habere ponderis, ut aduersarium ad promissorum fidem possit urgere. Iam uerò quantùm ad stipulationem, dicit Socin. non esse dubitandum, quin illa in hoc recedat à natura contractus innominati: cùm dictum fuerit, attenta natura contractus innominati, etiam post eiusmodi implementum, posse aduersarium à conuentis, liberè recedere. Constat uerò stipulationem etiam ante nullum implementum impedire, quominùs id fieri possit, cum uel nulla re sequuta, illa nihilominùs acquirat partibus actionẽ. l. ex placito. C. de rer. permut. Hæc Socinus, qui non tantùm uidetur mihi hanc ipsam rem parùm perfectè tradere, sed etiam in eo quod dicit, à ueritate aberrare. Putat ipse
2 probari ex uerbis Vlpiani in d. §. item si quis, ex implemento non perfecto in contractibus innominatis nobis actionem non acquiri. At contrarium potiùs (ni fallor) ex ea. l. colligitur. Nam si is cui decem promissa fuissent, ut seruum emeret, ac manumitteret, nondum illa decem accepisset, posset proculdubio post factam emptionem, actione p̃scriptis uerbis, illa decem consequi, quãuis nondum perfectè quantùm ad manumissionem impleuisset; idque perspicuè Vlp. in eo decidit, dum absurdum esse iudicat, ut iste qui emit seruum, ea de causa damno afficiatur, quod cùm ita sit, non rectè possumus affirmare, id quod Socinus dicit. In contractibus innominatis ob implementum imperfectum, actionem non oriri. Nec obstat, quod ibi qui dederat decem, possit etiam post seruum emptum, de ipsius serui manumissione consilium mutare; nam hoc ea ratione fit, quia nulla ibi aduersarii utilitas consideratur, quæ potuerit dare causam conuentioni, quo casu uerè reciproca dici non potest, ut plenè supra docuimus, dum de eiusmodi conuentionum obligationibus, loquuti sumus; quòd si pares illius conuentionis termini essent, atque utriusque pariter utilitas, conuentioni causam dedisset, non uidetur admissurus Vlp. ut post unius implementum, quãuis imperfectum, posset alterum pœnitere.

tere. Itaque non uidentur mihi Accurſ. & Socin. eius legis uerba ſatis rectè perpendiſſe; atque in eo præterea ab illis diſſentio, quòd oblationem cum alio implemento im- 3 perfecto non rectè confundi potuiſſe arbitror, maximè enim hæc inter ſe diſſimilia ſunt, ut iam demonſtrabimus. Nos ergo diſtinctè de oblatione primùm loquemur; deinde de illo implemento, quod aliqua ratione imperfectum dici poſſit. Quod attinet ad oblationem: uidetur illa mihi fruſtrà prorſus hac in re conſiderari; uerè enim affirmari poteſt, ad contractus innominatos, de quibus in præſentia loquimur, nihil omnino illã pertinere. Nec ſanè illud ſpectare nos oportet, quod in conuentionibus nonnullis nominatis, quæ & ipſæ pariter correſpectiuę ſunt, oblatio momenti plurimum habeat; Imò & planè neceſſaria ſit. l. ædiles. 1. l. cùm autem. §. Iulianus. ff. de ædil. edict. l. uenditor. §. ulti. in fin. ff. cõm. prędio. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt. nam differentię ratio inter conuentiones illas, & contractus innominatos in promptu eſt: ſiquidem ut permu- 4 tatio, ita & cęteri contractus innominati, ex re tradita initium obligationi præbent. l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. l. iuriſgentium in princ. verſ. ſed & ſi. ff. de pact. proinde cùm ante traditionem, actionis fundamentum planè deſit, nimirum obligatio, reliquum eſt, ut obligationem ad ius agendi nihil prodeſſe concedamus: at in emptione, uenditione, locatione, conductione, aliiſq; eiuſmodi reciprocis conuentionibus, in quibus receptum eſt, ex nudo conſenſu oriri obligationem. d. §. præterea, longè ſecus res ſeſe habet; uerè enim in illis, etiam nulla re ſequuta, actionis fundamentum adeſt. Quòd uerò actio non competat illi, qui non impleuit, ſiue quòd actionis effectus (ut receptior opinio eſt) impediatur, ſola illa ratio eſt, quia æquum non eſt, eum petere ab aduerſario, qui, quod ex eadem cauſa ipſe debebat, nondum perſoluit; cui ſanè æquitatis rationi, ſola ipſa oblatio pleniſſimè ſatisfacit. Non ſic tamen poteſt oblatio, in contractibus innominatis, qui ante ſequutam rei traditionem planè inefficaces ſunt, illi ipſi uitio mederi; eam ob rem ergo nos diximus oblationem ab implemento etiam imperfecto ſeparandam, quoniam, qui offert, quod ex contractu innominato præſtare debet, nec pro parte quidem ulla impleuiſſe, exiſtimari debet. At multò certè probabiliùs de im- 5 plemento imperfecto, (ut nunc demum ad illud ueniamus) dubitari poteſt, an propter illud ſolum oriatur actio ex contractibus innominatis: ſiquidem ut ex contractibus ipſis innominatis agi poſſit, ſatis habent iuriſconſulti συνάλλαγμα, hoc eſt, negotium interueniſſe, iuxta. l. iuriſgentium in princ. verſ. ſed & ſi. ff. de pact. Sed quoties eius rei, quam promiſeram dedi tibi partem, tuq; eam partem recepiſti, interuenit hîc proculdubiò negotium; quare hac ſola de cauſa iam uidetur obligationis, atque actionis fundamentũ adeſſe. Quoniam uerò æquum non eſt, eum petere quod ſibi debetur, qui non totum id ſoluerit, quod ex eadem cauſa ipſe debet, hoc totum (quicquid eſt impedimenti) ex ſola oblatione facilè uidetur amoueri poſſe, ut de emptione, aliiſq; conuentionibus nominatis correſpectiuis anteà diximus. At pro contraria parte illud facere uidetur; quia ſi implementum imperfectum non impedit repetitionem. l. ſi pecuniam. §. item ſi quis. ff. de cond. ob cauſ. multò minùs debet nobis actionem pręſtare, cùm multò difficiliùs detur actio, quàm repetitio impediat, ut omnibus perſpicuum eſt. Recti ſſimè (iudicio meo) tota hæc controuerſia tollitur, ea adhibita diſtinctione, quam proximè tetigimus, ut dicamus permagni referre, utrùm loquamur de implemento illius, cuius utilitatem 6 credibile non ſit conuentioni cauſam dediſſe, an uerò illius, cuius gratia fuerit inita conuentio. Primò caſu fruſtrà quæri puto, utrùm implementum ſit perfectum, uel imperfectum,

fectum, quandoquidem, uel si maximè perfectum sit implemẽtum, non tamen possum
alterius pœnitentiam ea ratione impedire, quòd me dicam impleuisse, sed ita demũ, si
7 eo nomine damni aliquid passurus sim; itaque non attenditur, utrùm impleuerim, uel
non impleuerim, hoc est utrùm implemento contractum perfecerim, uel minùs, sed
utrùm intersit mea, propositum non reuocari, cùm id semper attendatur in primis, ne
ex unius pœnitentia, alter dãno afficiatur, etiam si ipsius gratia non fuerit facta conuen
tio, ut rectè probatur in d. §. item si quis. Tametsi ergo pro parte aliqua impleueris, imò
etiam si perfectè impleueris, quod inter nos conuentum est, uel simile aliquid tradideris,
uel si aliquid feceris, quod alioquin ad contractus implementum posset sufficere, tamen
licebit mihi semper pœnitere, dummodò sine damno tuo id fiat; cum enim gratia tua
non fuisse hanc conuentionem initam ponamus, nihil à te potest proficisci, quod συνάλ-
λαγμα dici possit, atque hanc ipsam cõuentionem adstringat, nisi id iam feceris, uel præ
stiteris, quod non nisi aliquo tuo cùm damno, reuocari possit. Qua ex re fit, ut interdũ
pœnitentia prò parte tantùm detur, quatenus scilicet patitur indemnitas eius, qui adim
pleuit; sicut uidemus in d. l. si pecuniam. §. item si quis, licere quantùm ad manumissio
nem, pœnitere, quantùm uerò ad emptionem, nòn licere, ne tu damno afficiaris, qui nũ
mos iam erogasti. Itaque semper hęc tria mutuo se consequuntur, nempè id quod in-
terest, actio, & pœnitentia: etenim sicut uel pro parte, uel in totum intererit, ita uel pro
parte, uel in totum agetur; sicq; etiam fiet, ut uel pro illa parte, uel in totum pœniten
tia tollatur. Hæc de illius implemento, cuius utilitas, conuentioni occasionem non præ
buerit. Iam uerò, si conuentio etiam gratia illius, qui impleuit, inita esse proponatur,
8 tunc puto quodcunque implementum, etiam imperfectum, ad agendum satis esse; pri-
mò enim uideo hoc sentire Vlpianũ in d. §. item si quis, ut supra demonstraui. Prætereà
animaduerto iurisconsultos, cùm in aliqua specie demonstrare uolunt, non dari actio-
nem, ex eo argumentari solitos esse, ut dicant, nullum negocium interuenisse, ut Iulia.
in l. si area. ff. de condict. Vnde uidetur colligi, satis esse ad actionem, quodcunque nego
cium interuenire. Proinde cum actionis adsit fundamentum, crediderim ego ea, quam
supra dixi, ratione quantùm ad id, quod implendum adhuc superest, oblationem suffi-
cere. Postquàm ergo uidimus, qui sint effectus, tùm oblationis, tùm etiam implementi
imperfecti in contractibus innominatis: uideamus nunc, quid stipulatio, quantùm ad
utrunque operetur: atqui certè ex prædictis hoc quoque perspicuum esse potest, nam
quantùm ad oblationem, clarum est stipulationem, quæ uel nulla re sequuta, conuen-
9 tionem ipsam correspectiuam efficacem facit, posse etiam facere, ut oblatio in ea non
minùs operetur, quàm in emptione, locatione, atque aliis conuentionibus correspecti
uis, quas sine ulla traditione, ex solo consensu efficacem obligationem parere receptum
est. l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. Quare quod disponitur in l. Iulianus. §. offerri. ff.
de action. empti. & in aliis similibus supra adductis, etiam in contractibus innominatis
locum habebit, in quibus stipulatio fuerit apposita. Quantùm ad implementum im-
perfectum, idem concludendum est, nempè stipulatione apposita nihil immutari; nam
si ponamus illum impleuisse, cuius gratia non fuit facta conuentio, quo casu diximus, ip
sius tantùm indemnitati prospiciendum esse; lucri uerò nullam prorsus rationem habe
ri, non debet hic stipulatio quicquam operari; siquidem illa, obligationes tantùm fir-
10 mat, & adstringit; ipsarum uerò partium intentionem, nulla ex parte creditur immuta-
re, ut ex ijs, quæ infra dicturi sumus, liquidò intelligetur. Si uerò loquamur de illius
implemento

implemento, cuius gratia inita est conuentio, cùm fuerit à nobis iam conclusum, implementum quantumuis imperfectum, ad agendum satis esse, dummodo offeratur, quod implendum adhuc superest, nihil aliud certè poterit hîc addere stipulatio, nisi ut oblationis necessitatem tollat; at hoc nullam rationem habet, cum uideamus, oblationem ipsam, in correspectiuis omnibus conuentionibus quantumuis efficacibus, necessariò requiri.

A R G V M.

QVando post implementum, super contractu innominato stipulatio apponitur, sint nè duo contractus, an unus tantùm, ita ut, uel implementum credatur interuenisse gratia implendæ stipulationis, uel præcedens obligatio nouetur, ac si nouatio fit, utrùm prioris obligationis qualitates, in posteriori retineantur.

1 Tria sunt in hoc ultimo capite uidenda.
2 Duplici de causa fieri potest, ut ex stipulatione adiecta cõtractui innominato, unicus contractus inducatur.
3 Quæ regulæ, ante Iustinianum, in nouatione seruarentur.
4 Nonnulla, ab antiquis iurisconsultis, quantùm ad nouationem, ex ueteribus regulis deducta fuere, quæ tamen adhuc remanent incorrecta.
5 L. cum enim. ff. de nouat.
6 L. si stipulatus. §. ult. ff. de usur.
7 Quoties stipulatio minùs continet, quàm in præcedẽti cõtractu continebatur, nũquàm efficitur unus contractus tantùm.
8 Si nihil minùs contineat stipulatio, quàm ex contractu innominato peti posset, in dubio præsumitur facta numeratio gratia implendæ stipulationis.
9 In nouatione prioris obligationis, qualitates non retinentur.
10 L. aliam. ff. de nouat.

CAP. XLI.

REstat tertium, & ultimum caput illius distinctionis, quam in primo huius disputationis exordio proposuimus, nimirum, ut consideremus; quando in contractu nominato implementum ab una parte, & illud quidem perfectum, interuenit. Nostri interpretes hac in re confusè admodum loquuntur; nos uerò, ut certiori ordine progrediamur, tria hęc distinctè uidebimus. Primò, utrùm contractus inno- 1
minatus post adiectam stipulationem, adhuc extare dici possit, an sola tunc stipulatio consideretur; quod nostri non seorsum disputant, sed quasi prætereuntes attingunt, ut Socin. hîc nu. 24. in 7. arg. pro opinione contra cõmunem. Secundò, uidebimus utrũ in ijs casibus, in quibus sola consideratur stipulatio, ac præcedens contractus nouatur, fiat nouatio, iisdem retentis qualitatibus, quæ ipsius contractus anteà fuerint; id quod Soci. attingit in ultimis uerbis huius Rub. Tertiò, & ultimò, (& hoc longiori explicatione indigebit) utrùm in illis casibus, in quibus extant simul, ac seorsum considerari possunt, stipulatio, & contractus innominatus, stipulatio, ipsa contractus innominati naturam imitetur. Quod attinet ad primum, considerandum est, duplici de causa fieri posse, ut cum stipulatio adiicitur alicui contractui innominato, unicus inde cõtractus 2
inducatur; aut enim hoc ea ratione fit, quia contractus ille, stipulatione nouetur, aut quia traditio, quæ interuenit in contractu innominato, censeatur facta gratia implendę stipulationis: quæ duo quoniam maximè inter se affinia sunt, nos permixtè utrunque tractabimus. Recte hîc ante omnia nos tenere illud oportet, quomodo, ac quibus

regulis

regulis nouationem fieri constitutũ sit; inde enim hoc, quod quærimus facili negotio in
3 telligemus. De nouatione non retinuit Iustinianus, quod ante ipsius tempora seruatũ fuerat; statuit enim ipse nunquàm censeri factam nouationem, nisi expressim hoc actum sit, sicq; omnes penitus hac in re coniecturas excludit. l. ulti. C. de nouat. & §. prætereà, insti. quib. mod. tollit. oblig. Verùm ante Iustinianum multæ in hoc distinctiones afferebantur, quarum nonnullas ipse attingit in d. l. ult. Accuratiùs uerò illas refert Theophilus in d. §. prætereà. Nam aut noua aliqua persona interueniebat, & tunc semper nouabatur prior obligatio, aut inter easdem prorsus personas secunda quoque obligatio cõtrahebatur, & tunc si alio modo, quàm uerbis fuisset prior obligatio contracta, dubium non esse, dicit Theophilus, quin nouatio contingeret, si autem uerbis quoque anteà obligatus fuerat, qui posteà illud idem stipulanti promittebat, tum nouatio ita demum fiebat cùm noui aliquid, quod in priore non fuisset, utputà dies, conditio, uel fideiussor, in posteriore stipulatione adiiciebatur. Iam uerò hac occasione, quòd certis casibus stipulatio præsumeretur, nõnulla à ueteribus iurisconsultis introducta fuisse animaduerto, quæ cum uideam Iustiniani uoluminibus inserta, nullo modo dixero ea fuisse correcta, licet illud correxerit Iustinianus, cuius fortè occasione ea excogitata sunt, cũ disposuit nunquàm priorem obligationem stipulatione nouari, nisi cùm hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit. Cuiusmodi uerò illa sint, subiectis aliquot exemplis clariùs intelligetur. Exemplum inter cætera illud maximè conuenit, quod habemus in l. cũ. n.
5 ff. de nouat. ubi cum pecunia mutuo data stipulamur, non putat Pomponius obligationem numeratione nasci, deinde stipulatione nouari, sed magis implẽdæ stipulationis gratia numerationem fieri intelligendam esse. Videtur iurisconsultus ea potissimum ratione ibi ita respondisse, ut nouationis præsumptionem euitaret, cùm alioquin concedẽdũ fuisset, (ut ipse inquit) obligationem induci, ac deinde stipulatione nouari; quàuis non putarim hoc fuisse illum responsurum quantum ad contractum bonæ fidei: quandoquidem stipulationi magis conformes sunt cæteri contractus stricti iuris, sicq; in habentibus simbolum, &c. l. si unus. §. pactus ne peteret, vers. quod & in specie dotis. ff. de pact. magisq; etiam id spectasse Pomponium crediderim, factum scilicet numerationis quasi indifferens esse, quare non idem de alio quocunq; actu, si qui fortè alicuius cõtractus naturam propriùs attingeret, responsurus fuisset. Verũtamen (quicquid hac in re sit) ne à re nobis proposita discedamus, sic ego sentio, licèt nouationis præsumptio huic dispositioni occasionem dederit, non tamen illam ideò correctam fuisse, quòd nouationis præsumptiones omnes Iustinianus substulerit. arg. eorũ quæ docet Bar. in l. 1. ff. de postulan. Aliud exẽplũ (quod uicissim ad bonæ fidei contractus spectat) possumus desumere ex l. si stipulatus. §. ulti. ff. de usur. vbi quoniã secũdũ ueterũ regulas propter cõ
6 tractus diuersitatem, ut dictum est, stipulatione præcedens emptio nouatur; ideò ne creditor ex nouatione damnum patiatur interpretatur iurisconsultus, ut quod non potest emptor consequi actione ex stipulatu, id iudicio empti consequatur. Attamen non ubique hęc interpretatio recipietur; quid enim si contrahentium uoluntas tàm aperta sit, ut dubitari non possit, quin illi præcedentem obligationem omni ex parte prorsus nouare uoluerint? tunc certè prioris actionis omne planè cõmodum, ac priuilegium tolletur. l. aliam. ff. de nouat. Verùm quatenus ueterum iurisconsultorum sententia recipiebatur, id quod proximè dictũ est, Iustiniani legib^9 minimè correctũ esse crediderim, ut neq; eiusmodi alia, quæ à ueteribus iurisconsultis de nouatione tradita reperiuntur, quamuis

ipsi diuersas hac in re sibi regulas proposuerint, arg. l. san cimus.C.de testam.& l. præcipimus.C. de appell. Hæc de nouatione ita duximus esse quasi præmuniienda; ex quibus iam faciliùs id quod quærimus, assequemur. Quærimus an quoties in contractu ĩnonato apponitur stipulatio, duo contractus sint, an uerò sola extet stipulatio, ita ut uel obligatio præcedens stipulatione nouetur, uel quod datum est (ponimus enim in præsentia omninò implementum interuenisse) implendæ stipulationis gratia datum fuisse existimetur. Qua in re nos ea retinentes, quæ nouationis occasione proximè docuimus, ita distinguendum putamus; aut stipulatio minùs continet, quàm contractus innominatus, aut prorsus tantundem, si minùs, tunc dicimus duos esse contractus, neque 7
enim tunc posse uideri factam traditionem gratia implendæ stipulationis. Cui rei argumento est responsum illud Papiniani, quod paulò ante adduximus in l. si stipulatus. §. ulti. ff. de usur. ubi quod actione ex stipulatu non consequor, actione ex primo contractu consequi possum. Quare necesse est extare primum contractum, idq; (ut uidemus) cauetur iure fforũ, & sic obtinebat etiam priusq̃ nouationis præsumptio per Iustinianum tolleretur. Ac porrò in dubiis hæc ipsa interpretatio uidetur magis legitima, ut non idem prorsus, quod in præcedenti contractu, etiam in stipulatione contineri credatur.arg.l.duo societatem.ff.pro soc. Si uerò tantundem prorsus in stipulatione contineatur, quantum in contractu ipso innominato, cui adiicitur stipulatio, si modò incontinenti adiiciatur, tunc credimus unicum tantùm contractum esse, scilicet stipulationis: ac traditionem, quam hic ponimus interuenisse, gratia implendæ stipulationis factam uideri. Quæ sententia optimè probatur ex illa l. cùm enim.ff.de nouat. 8
Neque enim ulla unquàm sat consona ratio afferri poterit, cur quod ibi disponitur, minùs in contractu innominato, quàm in mutuo recipiendum sit. Conatur quidem Socinus in ultimis uerbis huius Rub. hanc rationem diuersitatis assignare, cùm dicit non esse locum illi dispositioni, quando actus aliquis specificus antecessit, sed hæc ratio contrarium potiùs concludit. Siquidem cùm apertè demonstrent uerba iurisconsulti ex causa mutui factam ibi fuisse numerationem, anteaquàm stipulatio apponeretur, non uideo cur minùs specificum dicere possimus contractum mutui, quàm contractum innominatum. Quin uerò longè certiorem constat mutui naturam esse; qua ratione factum est, ut certum, ac peculiare nomen sortiretur. Nec dicas, ob uitandum nouationis circuitum, ita Pomponium respondisse, atque iccircò hoc ampliùs non esse necessariũ, cùm hodie ex tacitis præsumptionibus nouatio non inducatur; nam propterea nos supra ostendimus, idq; & à nostris absq; omni controuersia receptum est, dispositionem illius legis non censeri hodie correctam. Quare sicut in mutuo adhuc illud obtinet, nõ uideo, cur non & in contractu innominato concedendum sit, & hoc primum est, quod nobis hîc explicandum proposuimus. Alterum illud fuit, utrùm quando fit nouatio, qualitates prioris obligationis, in posteriori retineantur. Bart. in l. aliam. ff. de nouat. hac in re distinguit; ego autem puto absolutè id negandum esse. Siquidem nouare, est prio 9
rem obligationem tollere. §. præterea, iuncta Rub. inst. quib. mod. oblig. tollit. proinde si non ampliùs extat prior obligatio, non entis (ut uulgò traditur) nullæ possunt esse qualitates. l. eius qui in prouincia. ff. si cert. pet. Quòd si uerba stipulationis eo modo fuissent concepta, ut ex ijs aliquo modo colligi posset, uoluisse contrahentes easdem illas qualitates retinere, tunc illæ proculdubio retinerentur. Verùm hoc stipulationis uerbis tribuẽdum esset, nec propterea dici posset, in nouatione posteriorẽ obligationẽ prioris na

turam

turam imitari. Probantq; optimè hanc sententiam multæ leges illius tituli de nouat. ut l.si creditor.l.emptor.l.nouatione, alięq; complures,quæ attentiùs illam materiam per-
10 lustranti,facilè occurrent. Existimat tamen Bart. in l.aliam.ff. de nouat.ex illa ipsa lege, contrarium elici posse,quatenus ibi disponitur,perire dotis priuilegium,& tutelę,si post diuortium,dos in stipulationem deducatur,ac mox statim ea conditio subiiciatur,si id specialiter actum sit; uidentur enim hæc uerba, nisi specialiter hoc actum sit,ostendere, prædictarum actionum priuilegia non peritura: & sic etiam Accurs. ibidem argumentatur. Sed aduertendum est,non intellexisse ibi iurisconsultum,specialiter id actum esse,ut priuilegia perirent,sed ut actio nouaretur,ut optimè ostendunt uerba illa, quæ proximè pręcedunt, tutelæ actio nouetur. Neq; enim desunt aliæ leges.ff.orū,quæ hanc eandē cōditionem, si id actum sit, nouationi apponunt, ut l.duo societatem.ff.pro soc.l.2.l.si ita fuero.l. si stichum.§.1. & §. si quis ita, & §. ult. l. si rem aliquam. §. si duo.ff. de nouat. Hāc porrò ipsam l.aliam.ff.de nouat. eodem hoc modo accipiendam esse sentit Iacob. Cuiaci⁹,in §. præterea, inst. quib. mod. oblig. tolli. putatq; illa uerba, si id specialiter actum sit, à Iustiniano addita fuisse, ut quoque ueterum iurisconsultorū leges, noui iuris intentioni conuenirent. Itaque uidemus,hoc respōsum Pauli nō modò nō oppugnare nostrā sententiā,sed illi prorsus maximè suffragari:dūmodò.n.specialiter actum sit,ut nouatio fiat, absolutè concludit iuriscōs.prioris actionis qualitates,ac priuilegia perire.

ARGVM.

VT planè intelligatur, quid operetur stipulatio super contractu innominato,quando id actum fuit, ut ex utraque causa obligatio nascatur, rectè priùs stabiliendas esse ipsorum contractuum innominatorum qualitates, atque in earum porrò enumeratione, difficultates hīc maximæ proponuntur.

1 Contractus innominati, ut & cæteri omnes, ad quatuor articulos rediguntur.
2 De transactionis uiribus communes traditiones referuntur,ac reprobantur.
3 Antinomia.l.siue apud acta,& l.cùm mota. C. de transact.
4 Quàm difficilis eius rationis inuestigatio sit, cur ex hoc articulo,facio,ut des,non oriatur actio præscriptis uerbis. & nu. seq.
5 In articulis illis distinguendis, quos proponit Paulus,in l. naturalis. ff. de præscr. uerb. traditio non ad factum,sed ad dationem refertur.
6 Antinomia Pauli, & Iuliani.
7 L.1. C. de rer. permutat.
8 Vndè potissimum colligant Doct. in contractibus innominatis,succedere obligationem ad id, quod interest.
9 Fertur obligatio,qua uenditor cogitur tradere,esse quidem obligationibus dandi persimilis, sed non illis prorsus conuenire.
10 Quibus legibus probetur,uenditorē,non præcisè cogi ad rem tradendam, sed soluendo,id quod interest, liberari.
11 Etiam in stipulationibus dandi, uidetur admitti solutio eius,quod interest.
12 Declaratio.l. ubi aūt nō apparet.§. ult.inf.
13 Intell.l. si seruum.§.ult.inf.eo. (eo.

CAP. XLII.

IAM uerò, quoniam negari non potest, quin contrahentes id agere potuerint, ut non solùm ex stipulatione, sed etiam ex contractu innominato,obligatio nasceretur, uel quia post contractum innominatum, ex interuallo fuerint stipulari (quo casu non inducetur nouatio, nisi expressim id actum sit.l.ulti. C. de nouat.) uel quia

HH 2 subiecta

ſubiecta etiam incontinenti ſtipulatione, tam apertè tamen uoluntatem ſuam declarauerint, ut implendæ ſtipulationis gratia, non poſſit uideri facta numeratio, id quod poſſe contingere, perſpicuè ſentit iuriſconſ. in l. cùm enim.ff.de nouat. propterea uidendum eſt, utrùm ſtipulatio tunc ſequatur naturam contractus innominati, an uerò propriam naturam retineat. Poſſunt redigi contractus innominati, ut & cæteri omnes ad quatuor illos articulos, quos explicat Paulus in l. naturalis.ff.de præſcr. uerb. 1
Verùm nos in præſentia, duos illos omittemus, nimirum, do, ut facias, & facio, ut facias. Nam cùm noſtræ huius quæſtionis duo potiſſimum capita ſint, unum, an ſtipulatio, propriam in eo naturam retineat, ut præcisè cogat debitorem ad dandum: alterum, utrùm tollat pœnitentiam, clarum eſt primùm caput, ad hos duos articulos non pertinere, in quibus, non dare, ſed facere, debitor tenetur; In altero uerò capitè, quod (ut uidebimus) non multum habet difficultatis, de duobus hiſce articulis, idem planè concludendum erit, quod de reliquis duobus concludemus. Itaque reliquos duos tantùm in hac tota diſputatione nobis proponemus, nempè facio, ut des, & do, ut des. Et quia illorum materia, obſcura admodùm, atque implicita eſt, nos primò ipſorum contractuum per ſe naturam, atque effectus conſiderabimus, ac difficultates nonnullas in medium afferemus, mox uerò in earum difficultatum explicatione, explicabimus pariter, quid operetur ſtipulatio, ſi in eiuſcemodi contractibus fuerit appoſita. Quòd attinet ad articulum, facio, ut des, duas eſſe ipſius qualitates, ſiue duo (ut ita dicam) attributa eſſe, noſtri ſentiunt. Primum eſſe dicunt, ut qui ad hunc articulum referuntur contractus omnes, pœnitentiam admittant; limitant hoc tamen in tranſactione, in qua ob litiũ 2
finiendarũ fauorem, præcipuo iure receptum eſſe arbitrãtur, ne detur pœnitentia, adducti nimirum ex l.cum mota, & l.quãuis.C.de tranſact. Et licèt Socin.hîc nu.23.putet in illa lege, cum mota, non contineri articulum, facio, ut des; ſed, facio, ut facias, non tamen negat, quin hic ipſe articulus, facio, ut des, in reliquis tranſactionibus contineri poſſit. Imò ipſe quoque nu.24.in primo argumento pro opinione contra cõmunem, eandem recipit intelligentiã, ad l.cùm mota, quæ & à cæteris, frequentiori calculo, probatur. Ego quid hac in re ſentiam ſatis iam ſupra explicaui, cum demonſtraui, falſum eſſe, in contractibus innominatis dari pœnitentiam, dummodo pares utrinq; terminos habeant, ut tranſactio. Qua ex re fit, ut hæc limitatio, de tranſactione minimè neceſſaria ſit. Sed unũ hîc occurrit, quod communi huic doctorum limitationi uidetur obſtare: ita multò magis noſtræ ſententiæ aduerſari uidetur, cùm abſolutè id nos affirmemus, quod ipſi, in trãſactione tantùm admittunt. Credimus nos (idq; multis argumentis ſupra demonſtrauimus) tam in tranſactione, quàm in cæteris contractibus innominatis, non poſſe unum pœnitere, poſtq̃ alter adimpleuit, ſed ſemper illi, qui adimpleuit, dari actionem, qua alterum ad ſoluendum urgere poſſit. At contra hoc uidetur pugnare, quod expreſſim dicitur in l. ſiue apud acta.C.de tranſact. ex tranſactione ſcilicet, nullam competere actionem, ſed tantùm ope illius actionis, quæ mihi competebat ex prima cauſa, poſſe aduerſarium ad obſequium placitorum urgere; quare ſi ille mutato propoſito malit litem rurſus ſuſtinere, neq; opponat exceptionem pacti, poterit liberè à tranſactione recedere. Sit ergo hæc prima difficultas, quod uidetur pugnare.d.l.ſiue apud acta.C.de tranſact.cũ l.quãuis, & l.cũ mota.ff.eod. & ſi quæ aliẽ leges ſunt, q̃ pœnitẽtiã in trãſactione nõ admittũt, ſed ex ea agi poſſe cõcedũt. Et hæc quãtũ ad primã qualitatẽ illorũ cõtractuũ innominatorũ, q̃ referũt ad articulũ, facio, ut des. Altera eorũdẽ peculiaris qualitas eſt, ut ex ijs 3

non

non possit agi ciuili actione præscriptis uerbis, sed tantùm de dolo actio competat.l.naturaliter.§.quod si faciam.ff.de præscript. uerb. Quod si faciam (inquit Paulus) ut des, " & postquàm feci, cessas dare, nulla erit ciuilis actio,& ideo de dolo dabitur.Atque hîc " ipse certè difficillimus nodus est,in cuius explicatione, permulti quidem, sed frustrà ela
4 borarunt; nam quòd ex hoc articulo, facio, ut des, non oriatur actio præscript.uerb. non modò rationi, sed etiam legibus apertissimis, repugnare uidetur. Rationi quidē, quia nulla planè uidetur esse ratio, cur magis ex articulo, facio, ut facias, oriatur hæc actio,quàm ex ipso, facio, ut des, cùm æquè in utroque pro implemento factum præcesserit. Aut enim concedis illud factum,esse συνάλλαγμα, aut hoc negas, si concedis,cogeris fateri utrobiquè pariter ciuilem obligationē oriri debuisse, arg.l.iurisgentiū, in fi. princ. ff. de pact. Si uerò hoc negas, negandum illud quoque uideretur, posse præscriptis uerbis agi,ex illo articulo, facio, ut facias, arg. l. si in area.ff. de cōdict. indeb. ubi negat iurisconsultus, ullam actionem dari, ubi nullum negotium interuenit. Videntur prætereà huic rei permultę leges refragari, & primò uidetur reclamare d.l. Cum mota. C. de transact. ubi recedo à lite, ut à te aliquid suscipiam, sicq; facio, ut des, & tamen ciuili actione pręscriptis uerbis uti possum. Neque uerò quicquàm suffragatur,quod dicit Socin. ibi, scilicet uerbo illo, suscipere,non traditionis factum significari, ac proptereà illam speciem, non ad articulum, facio, ut des, sed potiùs ad articulum, do, ut fa-
5 cias, esse referendam, errauit enim in hoc Socinus (ut mihi uidetur) neque animaduertit Paulum iurisconf. in hisce articulis distinguendis, traditionem, non ad factum, sed ad dationem retulisse, d. l. naturalis.§.1.ff.de præscrip. uerb. Vbi cum pecuniam dedi, ut rem acciperem, ut in emptione, & uenditione, uult hunc esse articulum,do,ut des, & tamen nemo ignorat, in emptione,solam sufficere traditionem, nec semper ex ea dominium transferri .l. ex empto,in princip. ff. de act.empt.Quare non uideo,cur minùs uerbum, suscipere, quo utitur Imp. in l. cum mota, ad hunc ipsum articulum referri possit, quam uerbum, accipere, quo iurisc. utitur in d. §.1. cùm illius potiùs, quàm huius significationem coangustare, ab omni ratione alienissimum sit. Aduersatur pręte-
6 reà dispositio .l.solent.ff.de præscript.uerb.ubi Iulianus in eodem hoc articulo,facio, ut des,præscriptis uerbis actionem apertissimę concedit: Conueneramus enim simul ut si seruum indicasses, & is apprehensus esset, aliquid tibi darem, tu fecisti, quod conuentum inter nos fuerat; dicit iurisc. me ad dandum, quod promiseram,præscrip. uerb. actione compelli posse. Quòd si solutum quidem(inquit) nihil est, sed pactio intercessit " ob indicium, hoc est, ut si iudicasset, apprehensusque esset fugitiuus, aliquid daretur; " et quidem conuentio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo ciuilis actio oriri potest, id est. præscriptis uerbis. Tertiò aduersatur,quod habemus in l.Labeo scribit.ff.de cōtrah. empt.ubi nullū prorsus, ne meri quidem facti implementum interuenit, & tamen præscriptis uerbis agitur, vt uoluit labeo, à quo Vlpianus non dissentit,quàmuis alio insuper modo, agi posse putet. Labeo scribit,(inquit) si mihi bibliothecam ita uendideris, si decuriones campani " locum mihi uendidissent,in quo eam ponerem, & per me stet quo minùs id à campanis " impetrem, non esse dubitandum quin præscriptis uerbis agi possit. Ego etiam ex uendi " to agi posse puto &c. His ergo legibus omnibus,cōflatur hæc secunda difficultas, quas leges, uel si Socin. cæterique interpretes, in huius quæstionis disputatione attingat, eas tamen postmodum inexplicatas relinquunt. Hactenus de hoc articulo, facio, ut des.

Sequitur

Sequitur nunc ille articulus, do, ut des: in quo pariter, uti duas habemus qualitates contractuum innominatorum, quibus illi differunt à contractibus nominatis, ita in singulis qualitatibus percensendis, singulas nobis difficultates occurrere uidebimus, quæ nobis priùs explicandæ sunt, quàm de stipulatione hisce contractibus adiecta, aliquid dicamus. Prima qualitas, superiori quoque articulo cõmunis est, & spectat ad pœnitentiam, in qua nobis, cum Doctoribus nequaquàm conuenit; existimant enim ipsi, etiam in contractibus innominatis, in quibus ab utraque parte aliquid dandum est, ut & in aliis omnibus, pœnitentiam dari. per l. cum precibus, cum simil. C. de rerum permut. Nos uerò in omnibus planè contrarium conclusimus; adducti ex l. ult. illius tituli, alijsq; permultis, quas hîc rursus referre non est necesse. At hîc retenta nostra sententia, quam uerissimam esse, satis supra (ut opinor) ostendimus, dubitationem maximam affert. l. 1. C. illo 7
tit. de rerum permut. ubi gratia utriusque erat facta permutatio, & tamen datur facultas pœnitendi, ac repetendi id, quod fuerit iam solutum, idq; ita demum conceditur, si non uenalis fuerit res, quæ data est, ita ut tantùm permutatio, ac non emptio esse potuerit. At enim (inquit Gordianus) si cum uenalis possessio non esset, permutatio facta sit, idq; quod ab aduersario præstitum est, euictũ sit; quod datum est (si hoc elegeris) cum ratione restitui tibi, postulabis. Altera insuper inest qualitas hisce contractibus innominatis, qui sub hoc articulo, do, ut des, atq; etiam sub superiore includuntur, ut licèt in ijs, debitor teneatur ad dandum, tamen soluendo id, quod interest, liberatur; ita enim Paulus in l. naturalis, sæpius citata. §. 1. In qua actione (inquit) illud uenit, non ut reddas quod accepisti, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud, de quo conuenit, accipere; uel si meum recipere uelim, repetatur quod datum est, quasi ob rem, datum, re non sequuta. Ex hac lege, colligit ibi Castr. nu. 5. idque pariter affirmant, & Cynus in l. unica. C. de senten. quæ pro eo, quod interest, & Bart. in l. stipulationes non diuiduntur, in 12. quæstione, infra eod. in cõtractibus innominatis, succede 8
re obligationem ad id, quod interest, non modò si faciendum, uerùm etiam si dandum aliquid sit; eius rei causam esse aiunt, eiuscemodi contractuum debilitatem, qui non tantùm habeant uirium, ut ex ijs possit debitor præcisè, ad soluendum compelli, ideoq; fieri, ut is soluendo id, quod interest, liberetur, perinde ac si facere tantùm, ac non dare teneretur, ut l. si quis ab alio: ff. de re iudic. Atque hanc ipsam rationem, de debilitate, ac pœnitentia, adducunt etiam Angel. & Imol. in d. l. stipulationes non diuiduntur: recipitq; eandem hîc Socin. in penult. col. uers. & fortiorẽ iudico. Hinc porrò adnotãt, permutationem differre à contractibus nominatis, uelut ab emptione, in qua sentiunt, uenditorem omninò ad rem tradendam compelli. l. ex empto. uers. & imprimis. ff. de action. empt. Hanc tamen sententiam, quam, post Martinum ipsius auctorem, Dyn. Alberic. Bald. & Saly. sequuti sunt, ita declarat Castrens. in l. 1. ff. de action. empt. ut hæc ipsa obligatio, qua uenditor tradere cogitur, sit quidem obligationibus dandi per- 9
similis, at non prorsus illis conueniat; quandoquidem non indistinctè, hac obligatione, uenditorem urgeri uolunt, ut rem uenditam tradat, sed ita demum, si eius tradendæ habeat facultatem, non autem cùm illius planè impossibilis redemptio est. Adnotant hîc pariter, permutationem differre à stipulatione, tunc enim tantùm, dicunt solutionem eius, quod interest, stipulationem admittere, cùm faciendum aliquid est, l. si quis ab alio. § ult. ff. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur, infra eo. non autem, cùm dari aliquid oportet. l. si seruum. §. ult. & l. ubi autem non apparet, in fin. infra eod. Hæc

sunt,

ſunt, quæ frequentiùs hac in re noſtri concludunt, quæ uel ſi ſatis rectè comprobata ui-
deantur, tamen non minùs apertè ea ſingula opugnari poſſunt; unde fit, ut ex hoc uno
quaſi fonte, uariæ difficultates oriantur. Satis iam reprobatum eſt illud primum, quod
dicunt; in permutatione, ut in alijs contractibus innominatis, pœnitentiam dari, itaque
10 in eo non ampliùs inſiſtendum eſt. At quod prætereà dicunt, uenditorem præcisè co-
gi ad rem tradendam, ſaltem quando eius tradendæ habet facultatem, neque in eo ad-
mitti ſolutionem eius, quod intereſt, hoc ipſum (inquam) clariſſimis legibus aduerſatur:
ecce enim Dioclet. in l. ſi traditio. C. dè action. empt. apertè diſponit, quoties ea uen-
ditoris procacia eſt, ut cùm poſſit rem uenditam tradere, id tamen facere recuſet, con-
demnandum eum eſſe, quanti intereſt emptionem compleri. Si traditio (inquit) rei uen-
ditæ, iuxta uenditionis contractum, procacia uenditoris non fiat, & quanti intereſt com-
pleri emptionem fuerit arbitratus, præſes prouinciæ, tantùm in taxationem deducere cu-
rabit. Hoc idem in l. 1. ff. de action. empt. tàm generaliter diſponitur, ut eius legis uer
ba minimè patiantur illam reſtrictionem, quando res uendita tradi non poteſt, ita enim
ibi dicitur. Si res uendita nondum tradatur, in id, quod intereſt agitur, hoc eſt, quod
rem habere emptoris intereſt; hoc autem interdum pretium egreditur, ſi pluris interſit,
quàm res ualet, uel empta eſt. Huc etiam ſpectant aliæ leges permultæ, quæ cùm alterna
tiuè dicant, rem præſtandam eſſe, uel id, quod intereſt, ſicquè illius alternatiuæ oratio-
nis uim, ad factum debitoris referant, haud obſcurè oſtendere uidentur, ipſius debitoris
electionem eſſe, ut l. ex empto. §. etiam. ff. de actio. empt. l. uoluntate. ff. quibus modis
pign. uel hyp. ſoluit. l. contractus. C. de fide inſtr. l. qui tibi. C. de hæred. uel act. uend.
Quocircà ſi uerum hoc eſſet, quod hiſce legibus omnibus apertiſſimè demonſtrari uide
tur; nimirum in contractu emptionis, admitti ſolutionem eius, quod intereſt, certè id,
quod diſputatur de ſtipulatione, in contractibus innominatis appoſita, utrùm ſcilicet il-
la tollat hanc facultatem ſoluendi eius, quod intereſt, & præcisè debitorem ad rem ſol-
uendam compellat, idipſum (inquam) etiam quantùm ad emptionē, ac uenditionem
diſputari oporteret. Verùm (quod multò adhuc magis hanc totam materiā obſcuram,
atque implicitam reddit) nec illud quidem tutò concedi poſſe uidetur, quod ubique
11 Doct. ut compertiſſimum ſtatuunt, ex ſtipulatione eum, qui ſe daturum promiſit, præci-
sè compelli poſſe: ſiquidem duæ leges, quibus ſolis hoc probari creditur, facili negotio
declinari poſſunt; quin uerò aliæ leges ſunt, quæ contrarium perſpicuè oſtendunt. Con
trarium probat l. quoties, infra eo. ubi ſoluitur æſtimatio eius, quod quis ſtipulanti ſe da
turum promiſerat. Quoties in diem, uel ſub conditione oleum quis ſtipulatur, eius æſti
mationem eo tempore ſpectari oportet, quo dies obligationis uenit. Neq; uerò dubi-
tandum eſt, quin ibi dari fuerit promiſſum; cùm nihil ſtultius ſit, quàm credere eum, qui
ſimpliciter oleum uel frumentum ſtipulatus eſt, nudum tradendi factum in ſtipulationē
deducere uoluiſſe. Hoc idē probat l. ſi pœnam, infra eo. ubi promiſerat quis pecuniam
mutuam, ſicquè pecuniam dare, arg. l. 2. §. appellata. ff. ſi cert. pet. Et tamen ſoluitur id
quod intereſt. Non ergo præcisè dare promiſſor compellitur, cùm poſſit contingere,
ut multò minoris interſit, quàm ſit quantitas pecuniæ, quam ſe is mutuam daturū pro-
miſerat. Ac ſanè maxima cum ratione admitti potuit, ut in quacunq; promiſſionis ſpe-
cie ſatis eſſet ſolui id, quod intereſt: quia cum pecunia omnia compenſentur, non poteſt
creditor cōqueri, quòd aliud pro alio ſibi ſoluatur. Ab hac uerò regula uidetur tantùm
excepta obligatio ad reſtituendum, in qua æquum eſſe iudicatum eſt, non aliter admitti
ſolutionem

ſolutionem eius quod intereſt,niſi petitori placuerit.l. qui reſtituere.ff. de rei uind.l.ſtipulatio.§. ſiue autem .ff. de no. oper. nunc. Id quod in obligationibus dandi ſecus eſſe iam demoſtratum eſt.Nunc videamus quomodo duæ illæ leges euitari poſſint, quibus etiam in obligationibus dandi idem uidetur probari, nempè eum qui dare tenetur,præcisè ad dandum poſſe compelli; adducitur primò l. ubi autem non apparet.§. ulti. infra 12
« eo. Hæc ſtipulatio(inquit ibi Vlp.) fundum Tuſculanum dari,oſtendit ſe certi eſſe,
« continetq; ut dominium efficiatur ſtipulationis quoquomodo. Sed ego horum verborum veriſſimum illum ſenſum eſſe arbitror,ut intellexerit Vlpianus in ſtipulatione, rem dari, non ſpectari illud factum præſtandæ rei, ſed ſatis haberi ſi transferatur dominium in eum cui promiſſum eſt,quocunq; tandem modo id fiat; ac mecũ in hoc ſentit Frãc. Duaren. ibidem,qui propterea dicit non rectè ex his uerbis Vlpiani pronunciatum illud adnotari, ut qui dare promiſit,præcisè cogatur ad dandum; putat enim ipſe, licet res in obligatione ſit, tamen creditori cumulatè ſatisfactum eſſe,ſi ſolutum ſit quod ipſius intereſt; atq; iccircò promiſſorem tunc abſolui oportere, idq; præſertim ijs in rebus obtinere, quæ pondere, numero, menſuraue continentur. Credunt præterea Doct. commune hoc pronuntiatum probari ex l. ſi ſeruum.§. ulti. infra eod. quo loci(inquit Paulus) effectum ueteris cuiuſdam conſtitutionis,qua diſpoſitum erat, mora perpetuari obligationem, ut refert ipſe eadem illa lege.§. ſequitur,effectum (inquam) illius conſtitutionis eſſe,ut adhuc homo mortuus peti poſſit, & pro eo fideiuſſor accipiatur, & obligatio nouetur. At non uideo ego quomodo rectè hoc deduci poſſit, quod uulgò ex illis uerbis probari creditur, ut quia ueteres conſtituerint, mora obligationem perpetuari, atq; ob id hominem mortuum(gratia exempli) qui erat in obligatione adhuc peti poſſe; propterea concludere debeamus, promiſſorem non liberari, ſi ſoluat id quod intereſt quando res non perijt quam dare tenetur; etenim ſi non poteſt exiſtimari Vlpian. hoc ipſum negaſſe quando res non extat (imò enim tunc ſolui æſtimationem neceſſe eſt) non uideo cur eo caſu id negaſſe exiſtimandus ſit, quando res extat, & ſolui poteſt, cùm ibi de hoc ipſo caſu ne loquutus quidem fuerit. 13

A R G V M.

VTrùm tranſactio actionem producat,quæ reo auferat pœnitendi facultatẽ, & nunquid illa ad articulum,facio, ut des, referenda ſit. Cur ex eo ipſo articulo non præſcriptis,ſed tantũ de dolo agi poſſit. Ac quid deniq; quantũ ad hæc operetur ſtipulatio, quæ uel trãſactioni,uel cõuentionibus ad prædictũ articulũ pertinentibus fuerit adiecta.

1 Non dubitandum eſt quin ex omni tranſactione detur actio præſcriptis uerbis, quæ pœnitendi facultatem tollat.

2 Quomodo l. cum mota C. de tranſact. uerè conciliari poſſit, cum aliis omnibus legibus,quæ ex tranſactione actionem concedunt

3 Quando in tranſactione dicatur implementum interueniſſe.

4 Quidnam ſtipulatio in tranſactione, aliiſque ſimilibus contractibus quantum ad pœnitentiam operetur.

5 In illa difficultate,cur ex articulo,facio,ut des,non oriatur actio præſcrip.uerb.cæterorum rationes referuntur ,ac reprobantur.

6 In tranſactione non tàm continetur, facio ut des, quàm diſcernitur ſpecies illius articuli,do, ut des.

7 Propoſitæ difficultatis uerior explicatio.

8 Qua ex re ſoleant iuriſconſulti æſtimare, utrũ cõpetat ciuilis actio Innominata.

Qua ex

9 Qua ratione soleant Iurisconsulti considerare, utrũ proposita species noĩatæ alicui cõuẽtioni similis, ac proxima sit.
10 Articulus, facio, ut des, neque continet συνάλλαγμα, neque ullius nominati cõtractus similitudinem obtinet.
11 Daretur actio in factum ex articulo, do, ut des, si constaret dolum abesse, ita ut de dolo agi non posset.
12 L. Solent. ff. de præscr. uerb.
13 Qua ratione articulus, facio, ut des, ad locationẽ, & conductionẽ non referatur.
14 In conuentionibus distinguendis intẽtio partium spectatur, ea uero ex conuentionum inculdarum ratione æstimatur.
15 Facit stipulatio adiecta huic articulo, facio, ut des, ut non ampliùs de dolo agi possit.

CAP. XLIII.

His propositis difficultatibus, ueras nunc illarum explicationes sigillatim perquiramus, sic enim simul intelligemus quid stipulatio operetur, quantũ ad singulas contractuũ nominatorum qualitates, ad quas uidimus prædictas qualitates pertinere. Quod attinet ad primã difficultatem de l. siue apud acta C. de transact. quoniam
1 firmissimè illud retinendũ est, ex transactione dari actionẽ præscriptis uerbis, nec pœnitentiæ locum esse, iuxta l. cùm mota, & l. quãuis. C. de transact. id quod etiã de cæteris contractibus innominatis probatur in l. quoniã asseueras, in l. emptionẽ, in l. ultima. C. de rerum permut. ut nos plenissimè alias demõstrauimus. Propterea uidendũ nunc est, qua ratione negauerit Diocletianus in l. siue apud acta. C. de transaction. ex transactione agi posse, & quomodo hæc lex cum legibus proximè adductis conciliari possit. Accursius ibi in uer. pacto, iuxta finem, ita has leges simul conciliat, ut dicat ex hac ipsa l. siue apud acta, regulã negatiuam desumendam esse; eius uerò limitationes haberi in l. quamuis, & in l. cum mota. Verùm hæc solutio, quamuis etiã falsi nihil contineret, tamẽ difficultatẽ nulla ex parte tolleret, cũ facilè sit unicuiq; regulam, ac limitationes constituere nullis redditis rationibus, cur hæc, uel illa species, sub regula potiùs quàm sub limitatione includatur. Sed falsum est præterea eo modo regulam constitui oportere, neq; enim ratio ulla est, cur si in cæteris contractibus innominatis, oritur actio ex implemento, quę aduersarii pœnitentiã tollit, contrariã in transactionibus regulã statuamus. Alio modo insuper has leges conciliat Accurs. dicens in l. cum mota, esse contractum innominatum, do, ut facias, licèt in faciendo is pręuenerit, qui facere tenebatur. Quod cũ nimis extortum, & cauillosum est, tũ nulla est ratio, cur hac in re non idem de transactionibus, ac de cæteris contractibus innominatis concludamus. Sunt qui putent ideò in l.
2 siue apud acta, nõ nasci actionẽ ex transactione, quia ut nascatur actio, requiritur implementũ, nec sufficit offerre, uel cauere, ut docet Accur. & Bar. in l. iurisgentiũ in princ. ff. de pact. sed ibi actor non potuerat perfectè adimplere, cũ teneretur ad factũ negatiuũ, quod non nisi per mortem impleri potest. §. si quis ita. inst. eo. Sed aduersatur huic solutioni. l. si pro fundo, & l. quãuis, ubi illi, qui recessit à lite, datur actio præscriptis uerbis.
2 Verùm ne diutius quàm par sit in re (iudicio meo) minimè difficili cõmoremur, adnimaduerto ego totã huius difficultatis explicationẽ à notissimis cõuentionum regulis pendere. Nemo non concedit, etiam correspectiuas conuentiones ante implementum esse nudas, ideoque eum qui non impleuit, contra alterum agere non posse, quod si unus impleuerit, tũ illi præscriptis uerbis actionem contra alterum competere. Quod cùm ita sit, considero eas leges, quæ negant ex transactione agi posse, eo casu loqui, quando nõ dum à lite recessum est, sed actio adhuc, & instantia pendet. Cæteras uerò leges, quæ ex transactione actionẽ oriri tradunt, neque illam ex pœnitentia retractari patiuntur, eo casu lo-

su loqui, quando instantiæ fuit renunciatum, ita ut lis iam penitus finita sit. Nec sanè ui 3
deri poterit hæc mea distinctio diuinationem ullam habere, cum illis ipsis legibus, quibus uidimus conflari hanc difficultatem, apertissimè tradatur; Siquidem in l. quamuis in licùm mota, in l. si pro fundo, dicit litem finitã restaurari non debere. At in l. siue apud acta, utitur Diocletianus illis uerbis, rerum uendicatione pendente; idq; non alia ratione, nisi ut ostendat transactionem adhuc in nudi pacti terminis consistere, ideoq; ex pacto (ut expressim ipse inquit) actionem nasci non posse. Est uerò operæpretium inanẽ hac in re Accursij solicitudinem considerare, qui cum hoc ipsum quod proximè diximus minimè animaduertit, propterea miratur cur ibi dixerit Imp. uendicationem pendete, putatq; ea ratione id fuisse dictum, quia adhuc incertum esset, an ille alter rem redditurus esset, an uerò transactionis conuentionem seruaturus, uel potiùs quia non prorsus desinat esse dominus, qui uendicationem remittit: quæ quãuis à Saliceto quoq; ibidem probentur, tamen ab Imperatoris mente sunt alienissima, ut facilè omnes concessuros cõfido, qui quæ hactenus à nobis tradita sunt, accuratè cõsiderauerint. Atqui certè ex his, quæ de pœnitẽtia hucusq; diximus, ac de actione, quæ semper oritẽ ex implemẽto, tàm in transactione, quàm in cæteris cõtractibus inominatis, illud quoque licet intelligere, quidnam stipulatio quãtũ ad hoc operetẽ. Nam cũ uersemur nunc in tertio capite 4
principali nostræ distinctionis, in quo ponimus implementũ interuenisse, ex implemẽto uerò semper tolli pœnitẽtiã cõclusum sit, nõ poterit certè stipulatio, quãtũ ad pœnitentiã quicquã operari. Et hoc procedit, si loquamur de implemẽto illius, cuius gratia fuerit facta conuentio. Verũ quia potest esse, ut ille prior impleuerit, cuius utilitas conuentioni occasionẽ dare nõ potuerit, quo casu implementũ non semper parit actionem, nec pœnitentiã tollit, ut alias à nobis declaratũ est, potest dubitari, an faciat hîc stipulatio id, quod implemẽtũ facere nõ potest. Quod planè negãdũ esse arbitror. Nã quòd hîc actio non oriaẽ, non facit conuentionis debilitas, atq; inefficacia, sed intentio contrahentiũ. At contra intentionẽ contrahentiũ nihil debet mutare stipulatio, ut pleniùs infra ostendemus. Porrò autẽ in transactione hoc considerari non potest, quia cũ transactio, non benefaciendi animo fiat, sed propter rem dubiã, & litẽ incertã. l. 1. C. de transact. nunq̃ illa certè gratia unius tantùm facta existimari poterit. Proximè sequitur illa difficultas, cur in hoc articulo facio, ut des, ex contractibus innominatis nõ oriaẽ actio præscriptis uerbis. Accurs. in d. l. naturalis. §. quod si faciã, in ver. quòd si faciã, rationes affert complures, ac cum illa demum uideẽ residere, ut dicat actionem præscriptis uerbis, non nisi 5
contractum uestienti dandam esse, at uestire contractum, ita demum aliquem dici, si ex eo, quod facit, aliquid alteri adsit, alioquin uerò dari actionem de dolo. Quam rationẽ Bart. quoque, Alex. cæteriq; frequentiùs probant. At mihi certè illa nequaquã arridet, nam si loquimur de facto, quod nullius rei præstationem contineat, clarum est eiusmodi factum satis esse, ut oriatur actio præscriptis uerbis. l. solent. ff. de præscr. uerb. l. cũ mota, cum sim. C. de transact. si uerò de eo facto loquimur, quod nullam prorsus utilitatem alteri parti afferat, nemo non uidet, quàm absurdum sit, tantoperè coangustare dispositionem illius. §. quod si faciam. Cùm præsertim superuacuum sit, in conuentionibus tàm reciprocis, quàm simplicibus ea promittere, quæ nullam utilitatem sint allatura. Multò certè magis uerisimilia sunt, quæ hac de re tradit Franciscus Connanus lib. 1. cap. 15. dum studet rationem afferre, quomodo ex transactione, in qua recedendo à lite alicuius rei suscipiendæ causa, uideor facere, ut des, competat mihi actio

præscriptis

6 præſcriptis uerbis d. l. cum mota, cum ſim. C. de tranſact. cum Paulus in l. Naturalis §. quòd ſi faciam, diſertè tradat ex hoc articulo, facio, ut des, non præſcriptis uerbis, ſed tantùm de dolo agi poſſe, negat ipſe in tranſactione contineri illũ articulũ, facio, ut des, uerùm putat magis in ea diſcerni ſpeciẽ illius cõtractus, do, ut des, quã alterius cuiuſquã innominati contractus, cũ tàm ille qui à lite diſcedit, de ſuo remittere exiſtimandus ſit, quã qui ea gratia quicq̃ dat, ita ut nihilò infirmior cauſa exiſtimari debeat à lite diſcede re, quã eo nomine aliquid præſtare. Atq; hoc ſpectaſſe Paulũ exiſtimat in l. in ſumma. §. & quidẽ. ff. de condict. indeb. ubi his uerbis utitur. Et quia quod trãſactionis nomine „ datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur, nam ſi lis fuerit, hoc ipſum quod à lite „ diſceditur, cauſa uidetur eſſe. Quantũ uerò ad obiectionẽ de l. Solẽt. ff. præſcrip. uerb: eã nobis putat conciliare, copulatã illã uerborum cõmiſturam, ut ſi indicaſſet, apprehen ſuſq; eſſet fugitiuus, certi aliquid daretur, quæ uerba demonſtrant non ibi ſimplex indi candi factũ interceſſiſſe, ſed etiam apprehenſionem ſubſequutã eſſe. Habent hæc certè coloris nõnihil, ſed quantũ ad rationem cur in. §. quòd ſi faciã. neget iuriſc. ex hoc arti culo, facio, ut des, cõpetere actionem præſcrip. uerb. nihil aliud affert Connanus, niſi il lud idem, quod & frequentius ſentiunt noſtri interpretes. Quod ipſum paulò ante à no

7 bis ſatis reprobatum eſt. Nos itaq; ut commodius hãc rationẽ inueniamus, ac ueriores etiã reſponſiones afferamus ad eas leges, quæ cũ hoc reſponſo Pauli pugnare uidentur, illud ante omnia præ oculis habere debemus, toties iuriſcõſultos reſpondiſſe actionẽ ci uilẽ, ſcilicet præſcriptis uerbis cõpetere, quoties uiderunt poſſe illã deſumi ex regulis iu ris ciuilis, ita ut oriretur quidem actio ſecundũ ciuiles regulas, ſed uſitata actionum no mina deficerent, ac conuentiones eſſent eiuſmodi, quarum appellationes nullo iure ciui li proditæ eſſent, ut l. 2. & 3. ff. de præſcript. uer. Alioquin cùm uidebant propoſitam aliquam ſpeciem ſub iuris ciuilis regulis non comprehendi, ac poſtulare tamen æquita tem, ut ex ea cauſa agi poſſet, reſpondebant actionem in factum à prætore dandam. l. inter ſocerum. §. conueuit. ff. de pact. dot. l. ult. ſupra tit. prox. uel actionẽ de dolo com petere, ſi dolus aliquis argui poſſet. l. 1. & toto tit. ff. de dolo. Quoniam uerò nõnullæ factorum ſpecies interdum occurrebant, quæ an ſub iuris ciuilis regulis continerentur, non ſatis perſpicuum erat, proptereà nonnunquam iuriſconſulti inter ſe diſſentiebant, ac de eo altercabantur, utrùm ciuilis actio præſcriptis uerbis competeret, an uerò actio in factũ à prætore danda eſſet, ut perſpicuè oſtendit Vlp. in l. iuriſgentium in princ. ff. de pactis, dum dicit rectè Iulianum à Mauritiano reprehenſum, in illa facti ſpecie quando dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, & poſt manumiſſionem Pamphilus euictus eſt, putabat enim Iulianus in factum actionem, à Prætore dandam, Mauritianus uerò animaduertebat, ſubeſſe συνάλλαγμα, ex quo ſecundum iuris ciuilis regulas, actio ci uilis ſi minùs nominata, at ſaltem innominata, id eſt præſcriptis uerbis oriri poſſet.

8 Vtrùm uerò ciuilis actio competat, ex eo æſtimant iuriſconſulti, ſi facti ſpecies quæ pro ponitur, ſimilitudinem gerat, ſpeciẽque alicuius ex illis conuentionibus, quæ à lege ciui li expreſſim approbatæ ſunt. Porrò autem ſi conuentio aliqua occurat, quæ contineat συνάλλαγμα, ex hoc ipſo ſatis ſemper conformis iudicatur conuentionibus à lege appro batis, ſatiſque hoc cauſæ eſſe creditur, cur ex ea ciuilis actio oriatur d. l. iuriſgentium in princ. & hoc notiſſimum eſt. Verum etiam ſi non adſit συνάλλαγμα, animaduerto tamen ego iuriſconſultos in concedenda actione præſcriptis uerbis, hanc ſimilitudinem etiam quantùm ad reliqua ſpectaſſe, exiſtimantes rectè poſſe ſecundum regulas iuris ci uilis actionem concedi ex quacunque conuentione, quæ ad conuentioni alicui nomi-

natæ saltem similis, ac proxima esset. Non obscurè hoc nobis Paulus insinuat.l. Natu- 9
ralis. §. penult. dum ostendit posse illum articulum, facio, ut facias, plures tracta-
tus recipere, ac uel huius, uel illius contractus speciem, ac similitudinem gerere. Quòd
si species aliqua occurrat, quæ non prorsus uideatur contractus nominati substantiam
continere, ut sunt duo casus ab illo ibi propositi, tunc saltem ratione similitudinis præ-
scriptis uerbis actionem dari concedit, quod & tutius esse ait. Verba ipsius hæc sunt.
« Sed tutius erit & in insulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præscriptis verbis da
« ri actionem, quæ actio similis erit actioni mandati, quemadmodum in superioribus ca-
« sibus, emptioni, & locationi. Eandem hanc similitudinem spectari uideo in l. labeo. ff.
de præscrip. uerb. ubi quia non uidebatur emptio esse posse nondum impleta conditio
ne, putauit labeo competere actionem pręscriptis uerbis, quę actioni ex empto similis
esset, & tamen nullum ibi συνάλλαγμα interuenerat. Contra uerò Vlp. credidit, & ex uen-
dito quasi impleta conditione agi posse. At labeo quia ibi nõ perfectam uenditionem
esse putabat, sed eius tantùm quasi simulachrum adesse, ratione huius similitudinis,
censuit pręscriptis uerbis actionem competere. Iam uero facilè & hoc intelligemus
quod in præsentia quærimus, nimirum cur in eo articulo, facio, ut des, si contractus sit
innominatus, non ciuili actione præscriptus uerbis, sed tantùm de dolo agi possit; et cùm
demonstratum sit, ex contractibus innominatis ea ratione præscriptis uerbis actionem
oriri, quia uel habeant συνάλλαγμα, uel contractus alicuius nominati speciẽ, ac similitudi
nẽ gerat, nũc animaduertere nos oportet in hoc articulo, facio, ut des, utrumq; deficere,
nã neque hîc συνάλλαγμα uerè adest, neque ulla est nominata conuentio, ad quam hæc 10
species referri possit, ut singulas percurrendo facilè intelligemus. Itaque deficiente iu-
ris ciuilis præsidio, confugitur ad ius prætorium, quod non tantùm adiuuandi, uel cor
rigendi, sed etiam supplendi iuris ciuilis gratia fuit introductum. l. ius autem ciuile. §. ius
prætorium. ff. de iust. & iur. Datur porrò actio de dolo, quia hoc postulat subiecta ma-
teria, cùm enim me adduxeris, ut id facerem, quod semel factum ampliùs reuocare non
possum, tu uerò id differas dare, quod promisisti, hæc cessatio arguit dolum. Quod si 11
fortè constaret omnem dolum abesse, tunc putarem dandam esse omninò actionem in
factum: sentitq; hoc idem Iacob. Cuiatius solidus admodum interpres, in l. iurisgen-
tium, in princ. ff. de pact. Hac recepta explicatione, nihil ampliùs obstabunt illæ leges,
quæ Pauli responso obiiciebant. De l. labeo satis iam dictum est. In l. solent puto id spe- 12
ctasse Iulianũ, quod paulò ante ex Connano relatum est, nimirum non esse illud simplex
factum, sed illi quodãmodo traditionem inesse, cùm non satis sit te indicasse seruum fu-
gitiuum, nisi ille apprehensus sit, sed quoniam uerè non est illa satis explicita traditio,
propterea hac de re sollicitus iurisconsultus se quasi ancipitem ostendit, neque absolutè
audet affirmare hanc conuentionem habere in se negotium, sed dicit habere negotium
aliquod, neq; esse nudã cõuentionem, quasi fateat̃ de hoc meritò dubitari potuisse, an es
set nuda cõuentio. Postremò etiã cũ animus non prorsus quiesceret, subijcit illa uerba.
Nisi quis in hac specie actionem de dolo cõpetere dicat; cũ enim uideret non satis expli-
citũ ibi negotiũ adesse, ne quis fortasse ea de causa cõtenderet, pręscriptis uerbis actionẽ
oriri non posse, nos illud admonitos uoluit, uel si maximè hîc ciuilis actio deficeret, de
dolo tamen actionẽ deesse nõ posse. Restat l. cũ mota. C. de transact. cui puto illã respon
sionẽ optimè conuenire, ut cùm eodẽ Conn. dicamus nõ esse referendã transactionẽ ad
hunc articulũ, facio, ut, des, sed potiùs ad illũ, do, ut des, cũ is qui, discedit à lite, tã de suo
remittere existimandus sit, quã qui ea gratia quippiã dat: Quod ipsum ego ea ratione
confirmo,

cõfirmo,quia ut dicatur dare,nõ est necesse præstationis factũ interuenire,sed satis est ius ipsum transferri, quoquo modo. Et hoc est,quod uerè sensit Vlp.(quemadmodũ supra diximus)in l.ubi autẽ nõ apparet.§.ult.inf.eo.Sic ergo iã plana omnia,& expedita sunt. Sed tamen unũ hîc occurrit,quo uno cætera planè uidentur subuerti posse. Diximus ex cõtractibus innominatis,qui referuntur ad hunc articulũ,facio,ut des, proptereà nõ oriri actionẽ præscriptis uerbis,quia neq; habent συνάλλαγμα, neq;ullius cõtractus nominati

13 similitudinẽ,ac speciẽ gerunt. At non immeritò quis dubitabit,cur nõ possit hic articulus ad locationẽ, & conductionẽ referri, possum enim locare operas meas (id quod in facto proculdubio positũ est) ut tu mihi pecuniã des. Aduertendũ est ante omnia hoc nihilo magis nobis obstare,quã ipsi iurisconsulto Paulo:neq; enim dubitandũ est, quin hoc ipsum, quod paulò ante affirmauimus,apertissimè ipse tradat,in d.l.naturalis.§.quod si faciã,nimirũ hunc articulũ. facio,ut des, neq; ad locationem,& conductionem,neq; ad alium ullũ contractũ referri posse. Idq; omnes(sat scio) nõ grauatè fatebunt, qui eius legis totũ contextũ attentè cõsiderabunt; siquidẽ ante hunc,§. Paulus in singulis articulis accuratè docuerat, quomodo illi ad contractus nominatos redigi possent,ac præsertim in §. proximo superiori dixerat spectari oportere, utrùm in articulo illo, dò, ut facias, tale proponat factum, quod uendi, aut locari soleat : cùm alioquin non ex prædictis contractibus , sed tantùm præscriptis uerbis agi possit. At uerò cum posteà deuenit ad hunc articulum , facio,ut des , utitur istis uerbis . Quòd si faciam , ut des, & po- « steaquàm feci,cesses dare,nulla erit ciuilis actio,sed tãtũ de dolo dabitur. Quæ uerba iũctis « superioribus liquidò ostẽdũt,nõ æquè hũc articulũ, ut superiorẽ ad locationẽ,& conductionẽ referri posse. Sed quia, ut obiectũ hoc tollat, nõ satis est ostẽdisse ita iuriscõsultũ quoq; sentire,uideamus, quæ ratio ipsum adduxerit,ut superiorẽ illũ potiùs, quàm hũc articulũ locationi uicinũ,ac proximũ dici posse existimauerit. Mihi illa uidetur esse uerissima

14 ratio,ac ipsius Pauli sentẽtiæ maximè cõsentanea, ut dicamus ueteres iuriscõsultos in cõuẽtionũ generibus distinguẽdis,id apprimè spectasse,quẽ nã sibi finẽ cõtrahẽtes proponerẽt;finẽ uerò ipsum ex cõuẽtionũ ineũdarũ ratione potissimũ æstimasse.Itaq; cũ uiderẽt in locatione,dationẽ ad eũ finẽ referri,ut aliquid fiat; in hoc uerò articulo,facio,ut des,intẽtionẽ cõuerti,ac factũ potiùs eo spectare,ut aliquid det, proptereà nõ iudicarũt locationẽ ad hũc articulũ pertinere,imò nec aliãve ullã cõuẽtionẽ hoc articulo cõtineri, quæ locationi uicina,ac proxima existimari debeat.Etenim licèt possit in locatione interdũ proueniri,quod prior soluere debuerat, ita ut facti præstatio mercedis solutionẽ antecedat, attamen satis est, initio locationem ex partium intentione certã naturã assumpsisse. Hanc puto uerã huius nodi explicationẽ, quã uel si ceruicosi forsan minùs probabunt,probabũt illi tamen(ut opinor)qui non tàm contentionis cupidi erunt,quã ueritatis.Atqui in eo quod postremò diximus, nobiscum ferè conuenit Iacobus Cuiatius in d. l. iurisgentium, in principio, ubi proptereà concludit hoc negotium,do scyphos , ut tabulas pingas , locationi proximũ esse;contra uerò quod ita initur, tabulas pingo , ut scyphos mihi des, locationi non rectè comparari. Nunc si quæramus(id quod in singularũ difficultatum explicatione statuimus aperire) quid operetur stipulatio , quantùm ad hoc,

15 quod proximè conclusum est, uidetur id mihi clarius esse, quàm ut à nobis ampliùs explicari oporteat; etenim si in hoc articulo, facio, ut des , ideo competit actio de dolo, quia ob rationem, superius adductam non potest agi præscriptis uerbis, ac si actioni de dolo constat nunquam locũ esse, quando uel ex stipulatione, uel ex aliã quacunq; causa agi potest, l. 1. in princ. &.§. Ait prætor.ff. de dolo, consequens certè est eum hîc sti-

 pulationis

pulationis effectum esse, ut de dolo actionem permutet, si modò in stipulationem totum id deductum sit, quod de dolo actione consequi actor potuisset d. §. Ait Prætor: Vtrùm uerò actio ex stipulatu prætoriæ illius actionis naturam imitetur, nulla ratione hîc dubitari posse puto; Quandoquidem si ipsa quoq; actio ex stipulatu ob id fieret arbitraria, atque actionis de dolo naturam assumeret, frustra quæreret Vlp. in d. §. Ait prætor, utrùm de dolo, an ex stipulatu agi posset.

ARGVM.

VTrùm ijs casibus quibus post implementum datur repetitio in contractibus innominatis, apposita stipulatione, quicquàm immutetur;& an stipulationis natura patiatur, ut in obligatione, rem dari, rectè id quod interest, solui possit.

1 Declaratur l. 1. C. de rer. permut.
2 Rei alienæ non ut uenditio, ita & permutatio consistit.
3 Ratio differētiæ inter emptionem, & permutationem.
4 Tres casus, in quibus repeti potest id, quod ex causa permutationis datū est.
5 Quamuis stipulatio in prædictis casibus non tollat facultatem repetendi, tamen à propria natura non recedit.
6 Vnde fluxerit, & quomodò accipienda sit illa regula, qua traditum est in stipulationibus attēdi debere, quod uerbis expressum est.
7 In stipulationibus quoque attenditur in dubio, quid actum sit, idque ex bona fide æstimatur.
8 Caroli Ruini distinctio non necessaria.
9 Falsum est quod nostri statuunt, commodo scilicet debitoris inductum esse, ut soluatur id quod interest.
10 Non creditur ille casus posse facilè contingere, ut uolente debitore soluere id, quod interest, creditor id recuset.
11 Perpenduntur uerba l. Naturalis. §. 1. ff. de præscr. uerb.
12 L. 1. ff. de act. emp. & l. 1. C. eo.
13 Quomodo cognosci possit, utrùm in stipulationibus dandi, rectè soluatur id quod interest.
14 Potest uerbum, præstatio, & ad dominii translationem referri.
15 Licèt stipulatio dandi solutionem eius quod interest interdum admittat, tamen non magis mutat propriam naturam, quàm cùm ex subiecta materia, modò diuidua, modò indiuidua fit.

CAP. XLIIII.

REstat nunc ille articulus, do, ut des, in quo pariter uidendū est, quomodo propositæ à nobis superius de illo dubitationes tollantur. Dubium primò illud faciebat, quod tradit Gordianus in l. 1. C. de rerum permut. posse nimirū tepo 1
stulare, si hoc elegeris, ut restituatur tibi quod datum est; cùm tamen in permutatione nec pœnitentiam, nec repetitionem dari nos supra docuerimus, legibus nimirum apertissimis adducti, ut. l. quoniam asseueras. l. penult. & l. ult. C. illo tit. de rerum perm. Credo ego in hoc distinguendum esse, utrùm quod datum est, uel promissum, ex causa permutationis, proprium fuerit illius qui dedit, uel promisit, an uerò alienum. Nam si proprium, neuter potest mutato proposito, id quod dedit repetere, & ita procedunt leges proximè adductæ; si uerò rē alienā fortè mecū permutasti, tunc liberè à permuta- 2
tione recedere, ac quod dedi repetere possum, si modò hoc elegerim, nam & conuenire possem, ut tu rē à me acceptā tibi retineres, ac pro euictione mihi satisfaceres; Verū si rē datam repetere maluerim, id mihi licebit. Siquidē tunc non ualida, ut in priore casu, sed planè

planè inutilis permutatio eſt, quæ rei alienæ nulla eſſe poteſt.l.1.§.ideo Pædius.ff.de rer. permut. Ideò Pædius ait rem alienam dantem nullam contrahere permutationem: igitur ex altera parte traditione facta, ſi alter nolit rem tradere, non in hoc agemus utique, quod intereſt noſtra rem illam accepiſſe, de qua conuenit, ſed ut res noſtra nobis reddatur, condictioni locus eſt, quaſi re non ſequuta. Sed unde tanta (inquies) diſſimili
3 tudo inter emptionem, & permutationem (quæ certè alioquin maximam inter ſe affinitatem habent. ar.§. item pretium, inſt. de empt. & uendit.) ut rei alienæ inutilis permutatio ſit, cum tamen rei alienæ ualeat emptio, & uenditio : imò uerò, & liberi hominis, & loci ſacri, uel religioſi, dummodò ab ignorantibus ematur.l. ex empto, in princ. l.& liberi hominis.ff. de contr. empt. & §. ult. inſt. eo? Tametſi cùm leges apertas habemus, ſatis eſſe creditur, quod reſpondeamus, ita terminos à ueteribus iuriſconſultis eſſe conſtitutos, tamen ut aliquid afferatur, unde ſaltem probabiliter ipſi iuriſconſulti moueri potuiſſe uideantur, ego illam differentiæ rationem ſatis probabilem eſſe iudico, ut dicamus in permutatione, cùm re mea me ipſum ſpoliem, ut pro illa alteram accipiam, apertè ex hoc colligi, id me in animo habere, ut non minùs meum efficiatur, quod tu mihi præſtas, quàm priùs illa res eſſet, quam pro eo tibi contra erogaui. Quod in emptione ſecus eſt, ſiquidem cum pro re, quam mihi uendis, ego non aliam rem, quàm pecuniam perſoluerim, ſatis uideor habere, ſi cùm fortè ea res euicta fuerit, in pecunia numerata mihi ſatisfiat. Huc accedit, quod cùm temporibus illis, quibus primùm permutatio introducta eſt, nondum pecunia in uſu eſſet, nec quicquam aliud, ex quo res omnes æſtimari poſſent, difficilè fuiſſet, poſt rei permutatæ euictionem aliam rem inuenire, quæ mihi æquè ſatisfaceret, ar. l. p^a.ff. de contrah. empt. vnde ſatius eſſe iudicatũ eſt, irritam tunc fieri permutationem, atque illum, qui euictionem paſſus eſt, id quod dederat, poſſe repetere. Itaque uerè poſſumus affirmare, quamuis non liceat in permutatione, ut neque in aliis contractibus innominatis pœnitere, tamen nonnullos eſſe caſus, in quibus pœnitendi, atque eius, quod datum eſt, repetendi facultas conceditur.
4 Primus eſt, quem proximè uidimus, quando res aliena fuerat permutata. Secundus eſt huic proximus, quando perijt res, quæ pro re mea mihi inuicem danda erat, ut ſi ſtichus mortuus ſit, quem mihi contra dare promiſeras.l.ult.ff.de condict. ob cauſ. Tertius eſt, quando contractus non illius gratia celebratus eſt, à quo res data repetitur, quamuis in hoc ipſo articulo, do, ut des, putem id perrarò contingere. Nunc uidendum eſt, an iiſdem iſtis caſibus adiecta ſtipulatione repetendi facultas tollatur. Quod ipſum nos prorſus, ob rationes quas ſtatim adducemus, & hìc, & ubique negandum arbitramur, præterquam cùm pœnitentia, & repetitio non ex intẽtione contrahentium, aut ex conuentionis natura, ſed ex eiuſdem inefficacia tolleratur potiùs, quàm conceditur, quod tamen non ad hoc, ſed ad primum huius diſtinctionis caput pertinet, de quo ſu-
5 pra iam ſatis dictum eſt. At uerò quamuis hìc non credamus ſtipulatione quicquam immutari, ſed poſt ſtipulationem interpoſitam, adhuc repetitionem admitti, non id tamẽ ea ratione fieri concedimus, quia ſtipulatio propriam naturam non retineat, ac ſequatur naturam contractus innominati: imò enim in hoc quoque retinet ſtipulatio naturam propriam, ut iam oſtendemus. Video ſanè mirum hoc pleriſq; uiſum iri, cum de repetitione nihil hìc dictum fuiſſe ponamus, apertiſſimis uerò legibus traditum ſit, in ſtipulationibus id tantùm ſpectari debere, quod uerbis expreſſum eſt.l. quicquid aſtringendæ.inf. eo.l.quia tantundem.ff.de negot.geſt. Vt ergo cõmodiùs hoc explicemus,

rectè

rectè ante omnia teneamus oportet, quomodo accipienda sit hæc ipsa regula, quæ no- 6
bis aduersari uidetur, nempè in stipulationibus attendi, quod uerbis fuit expressum. Considerandum est fluxisse hanc regulam, ab illa differentia, quam plenissimè nos supra explicauimus, inter bonæ fidei, ac stricti iuris contractus: vidimus enim in bonæ fidei contractibus, hominum consuetudini, atque eius negotij, quod geritur, naturæ plurimum solere tribui. Quin uerò eam magis spectari, quàm quod uerbis expressum est. l. in emptis. ff. de contrah. empt. l. lucius, cum simil. ff. depos. In stipulatione uerò secus esse constat, quia nullum est negotium stipulationi peculiare, cuius natura attendi debeat; ideoq; id tantùm in illa attenditur, quod stipulantium uerbis expressum est; quæ uerba, neque ex ipsius negotij, quod uariũ plerũque, & incertũ est, neque ex ulla hominum cõsuetudine, quæ in re planè uaria, & incerta nulla esse potuit, nec declarari, nec suppleri possunt, & hoc est proculdubio, quod Celsus docere nos uoluit, cum dixit. Quicquid astringendæ stipulationis causa dictum est, id nisi palam uerbis exprimatur, omissum esse intelligit. l. quicquid astringendæ. inf. eo. Neque aliud sensit Paulus in l. quia tantundem, cùm dixit, tantundem ualere in bonæ fidei iudiciis officium iudicis, quantùm in stipulatione eius rei nominatim facta interrogatio. At non propterea negandum est, quin quando in stipulatione aliqua inest ambiguitas, fortè quia non planè omnes factorum euentus, aut alia, quæ necessaria erant, contrahentes enumerauerint, quin tũc (inquam) ex bona fide spectetur, quod actum est; atque id ipsum cùm ex negotij natu- 7
ra æstimetur, si modò illa tàm certa sit, ut inde uoluntatis coniectura desumi possit, tùm etiam ex eo, quod legibus cautum reperitur, nisi fortè stipulatio apertè contra leges scripta sit. Imò enim hæc omnia in stipulatione spectanda esse, docet perspicuè Paulus in l. ubi est. ff. de rebus dubijs. Vbi est (inquit) uerborum ambiguitas, ualet quod actum est. Veluti cùm stichum stipuler, & sint plures stichi, uel hominem Chartagini, cùm sint duæ Chartagines, semper in dubijs id agendum est, ut quàm tutissimo loco sit res contracta, nisi cùm apertè contra leges scriptum est. Quod cum ita sit, quoties pro illa re, quam ex causa permutationis tibi dedi, alteram à te stipulatus sum, moxq; euenit ut res quam tibi dedi euicta sit, cùm de hoc euentu nihil expressum sit, non repugnat naturæ stipulationis, ut hoc casu inspiciamus quod actum est, id uerò proculdubiò actum esse creditur, quod legibus dispositum est, nisi apertè contra leges scriptum sit, ut Paulus inquit. Quapropter cùm leges hoc casu tibi repetitionem concedant, si fortè solueris, atq; ideò multò magis nondum facta solutione, conueniri te posse prohibeant, concludendum erit, neq; etiam ex stipulatione te conueniri posse; nec sanè aliter debebit accipi stipulatio, quæ stipulationi fuerit adhibita, uel si maximè ipsius stipulationis naturã attendamus. Etenim inter cætera, ex quibus stipulatio declaratur, potissimum illud est, quando id deducitur in stipulatum, quod ex præcedenti aliqua causa debitum erat, unde Vlp. in l. 2. §. 1. ff. de priuileg. cred. Quare (inquit) si in stipulatum funeris impensa deducta sit, dicendum est locum esse priuilegio, si modò quis non abijciendi priuilegii causa stipulatus sit. Hoc idem optimè etiam colligitur ex l. 1. §. bellissimè, & . §. si quis sub conditione. ff. ut leg. nom. cau. ex l. cùm quis decedens. §. 1. ff. de leg. 3. ex l. si eum §. qui iniuriarũ. ff. si quis cautionib. & l. si stipulatus sum. ff. de usur. Quibus in omnibus legibus (missis aliorum tàm inductionibus, q̃ responsionibus) negari certè non potest, quin ex præcedenti aliquo actu, atq; ex materia subiecta coijciant iurisconsulti, quid sibi uoluerint ij, qui stipulationem contraxerant, quorum intentionem semper rei, quæ geritur,

geritur, quam maximè conformem esse interpretantur, non quia in hoc uelint à stipulationis natura recedere, sed quia stipulationis natura exposcit, ut id maximè attendatur, quod maximè contrahentes in animo habuerunt. Id autem semper in animo habuisse creduntur, quod ex iis colligitur, quæ expressa sunt, ut rectissimè semper colligatur, quicquid eius rei, quæ in stipulatum expressim deducta est, naturæ conuenit. Quo circà minimè necessariam esse censeo, tam prolixam illam distinctionem, quam tanto
8 apparatu tradit Carolus Ruinus hîc nu. 61. qui putat esse considerandum, utrum ex necessitate fuerit interposita stipulatio, an uerò uoluntariè: ac si uoluntariè, utrum principaliter, uel accessoriè, uel (ut ita dicam) subrogatiuè: aliasq; insuper multas subdiuisiones tradit. Siquidem licèt uariè accipiatur stipulatio, maximè tamen semper naturam suam seruat, quemadmodum dictum est. Postrema difficultas oriebatnr ex illis legibus, quæ in stipulatione, qua dari aliquid promissum est, non præcisè ad dandum debitorem compellunt, sed eius, quod interest, solutionem admittunt, atque ex ijs pariter, quæ in uenditione idem concedunt, quamuis rei tradendæ facultatem uenditor habeat. Vt rectè omnia percipiantur, quæ ad hanc rem totam attinent, unum censeo ante omnia aduertendum, in quo mihi uidentur nostri interpretes cum ueteribus iurisconsultis, non satis conuenire, & ex quo maximè (nisi fallor) tota hæc perplexitas ori
9 tur. Existimant nostri interpretes, debitoris commodo id comparatum esse, ut loco rei debitæ soluatur id, quod intereft; sic enim debitori prospectum esse dicunt, ne rem debitam præcisè soluere compellatur. At longè secus uidentur mihi sensisse iurisconsulti: Siquidem illi quoties statuunt id, quod interest solui oportere, ea in re semper creditoris cõmodum sibi proponunt. Cùm enim pecunia æstimentur omnia, ac compensentur, cùmq; æstimatio eius, quod interest, non tantùm cõmunem rei æstimationem, sed & dãnum emergens, & lucrum cessans complectaẽ, non putarunt legũ nostrarũ authores posse alio modo (ubi tamen singularis affectio non attendaẽ, ut in promissis exigendis nõ attẽdiẽ) nõ alio, in quã, modo putarũt cumulatius posse creditori satisfieri, aur debitoris cõtumaciã acrius puniri, quã si in id, quod interest, cõdẽnatio fieret. Itaq; eũ casum nõ faci
10 lè posse contingere existimarũt, ut cùm paratus esser debitor soluere, id quod interest, recusaret id creditor, ac rem potiùs promissam sibi dari contenderet. Et uix quidem in rei propriç restitutione hoc consideratum est, licèt in ea maior affectio cadere possit. Id
11 quod optimè colligitur ex l. Naturalis. §. 1. ff. de præscrip. uerb. quo loci dicit Paulus in iudicio permutationis id uenire, non ut reddas quod acceperis, sed quanti interest mea illud de quo conuenit accipere, & tamen postea statim subijcit, posse me id quod dedi à te repetere. Quod maxima profectò animaduersione dignum est; nam si ego possum rem meam repetere, & tamen Paulus negat in ea actione uenire restitutionem, aitq; uenire id, quod mea interest, certè nulla alia de causa ita loquutus esse existimari potest, nisi quia pro comperto habuit, solum futurum reum conuentũ, qui rem acceptam cupiat restituere, me uerò potiùs petiturum id, quod mea interest. Quocircà illũ casum, ut ego meum potiùs recipere uelim, quàm consequi quanti mea interest illud de quo conuenit accipere, illum (inquam) casum tanquàm raro euenturum non principaliter, sed quasi pertransiens attingit. In qua actione (inquit) id uenit non ut redas, quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea, illud de quo conuenit accipere, uel si meum recipere uelim, repetatur quod datum est, quasi re non sequuta. Multoq; etiam apertiùs hoc ipsum probatur legibus illis ex materia empt. superius adductis. Etenim
Vlpianus

Vlpianus in l. ex empto.ff.de actio. empt. dicit in primis ipsam rem præstare uenditorem,& tamen in l.1. illo tit. & in l.1.C.eod. satis habetur,si uenditor soluat, quanti in- 12
tersit uenditionem compleri. At qua ratione si uenditor præcisè ad rem præstandam
est obligatus? certè non alia, nisi quia non creditur emptor id recusaturus, quod commodi sui gratia, & ad puniendam debitoris contumaciam fuerit à legislatoribus constitutum. Hinc facilè (ut mihi uidetur) intelligi potest, quid in stipulatione concludendum sit, quantùm ad solutionem eius, quod interest, & utrum stipulatio ipsa adiecta contractui innominato eius naturam sequatur, an uerò naturam propriam retineat. Iam diximus supra id quidem præcipuè in stipulatione attendi, quod uerbis expressum est, sed tamen ubi ambiguitas fortè aliqua occurrat, tunc inspici quod actum
est.l. ubi est.ff. de reb. dub. Propterea ergo si quis simpliciter rem quampiam sibi 13
dari stipuletur, quæ ex nulla præcedenti causa sibi debita fuisset, neque diem adiiciat, aliudve aliquid ex quo colligi possit, uoluisse ipsum in stipulatione complecti id quod interest, tunc stipulatio ista simpliciter accipitur, neque eo nomine debitor amplius grauari potest, nisi ut ipsius rei dominium faciat stipulatoris quoquomodo.l. ubi autem non apparet.§. ult. inf. eo. Est enim quòd stipulatori ipsi imputetur, cum is sibi apertiùs legem dicere potuerit. Verùm si in hac stipulatione aliquid expressum sit, ex quo probabiliter colligi possit eam fuisse mentem contrahentium, ut quod interesset solueretur, tunc licèt dari promissum fuerit, tamen quanti sua intererit,stipulator consequetur. Veluti si diem adiecerint, quæ non alia de causa potest uideri adiecta, nisi quia intersit potiùs illa die, quam alia accipere. Probatur hoc apertissimè ex
« l. si fundum. inf. eod. Si fundum certa die stipuler, & per promissorem steterit, quo
« minus ea die præstetur, consequuturum me quanti mea interfuerit moram factam non esse. Nec dicatur illo uerbo,præstari, traditionem ibi significari, siquidem ut omittam fundum ibi in stipulationem simpliciter fuisse deductum,nulla præstationis facta men- 14
tione, dico uerbum illud generale esse, nec minùs dationem, quàm simplicem traditionem complecti.l. cùm de in rem uerso. ff. de usur. l. si insulam. ff. locat. facitque l. ex empto.ff. de act. empt. ubi frustrà iurisconsf. exprimeret se ibi præstationem pro traditione accipere, nisi rectè posset præstatio etiam ad dominij translationem referri. Huc spectat etiam l. quoties, & l. si pœnam. inf. eo. quæ proculdubio de stipulationibus dandi loquuntur, & tamen admittunt solutionem eius, quod interest, quia id contrahentes egisse uerissimile est. Atque hinc uidemus etiam in stipulationibus in litem iurari.l. in actionibus. §. planè.ff. de in lit. iur. Eadem ergo ratio
erit, & si partes in stipulationem id deducant, ex quo intelligant id,quod interest præ- 15
stari solere; quo fit, ut etiam ex stipulatione id peti possit; Quod luce clariùs nobis ostenditur (dicant alij quicquid uelint) in l. cùm mota.C.de transact.ibi enim cum dixisset Alex. eum qui à lite discessit diuersam partem in id, quod interest rectè con-
« uenire, idipsum probat hoc dilemmate. Aut enim (inquit) stipulatio conuentioni
« subdita est,& ex stipulatu actio competit,aut si omissa uerborũ obligatio est,utilis actio,
« quæ præscriptis uerbis rem gestam demonstrat,danda est. Itaque cum utrunque caput huius dilemmatis illud idem spectet,quod de solutione eius,quod interest proximè dictũ fuerat, dubitandum non est, quin id,quod interest in utraque actione ueniat. Est enim locus regulæ. l. iam hoc iure.ff. de iust. & iur. & l. quamuis. C.de impub. & alijs substit. Neque uerò dici potest, ibi uerbo illo,suscipere,non dationem,sed traditionem significari,nam